Der Begriff des mittelbaren Besitzes

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Konrad Rummler

Rechtsanwalt und Notar in Schmiegel i. P.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1907.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Leonhard.**
Korreferent: Professor Dr. **Fischer.**

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung und Grundlegung 1

Erstes Kapitel.

Erstes Merkmal: Erfordernis der Besitznachfolge des Besitzmittlers.

I. Spezielle Fälle.

§ 2. 1. Mittelbarbesitzabtretung 6
2. Mittelbarbesitzvererbung 6
3. Mittelbarbesitz ohne Hin- und Hergabe, constitutum possessorium 7
4. Mittelbarbesitz mehrfachen Grades 7
5. Kombination der Formen zu 1—4 8

II. Das Problem des Mittelbarbesitzerwerbes im Falle der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung.

§ 3. 1. Entbehrlichkeit dieses Problems in bezug auf den Rechtserwerb an beweglichen Sachen sowie in bezug auf den Erwerb der petitorischen Rechtslage aus dem Besitze beweglicher Sachen 12
2. Erörterung des Problems.
§ 4. A. Die eigentliche Stellvertretung 16
§ 5. B. Die Geschäftsführung ohne Auftrag 25

III. Weitere Fälle.

§ 6. 1. Der Besitz bei der Einkaufskommission 27
§ 7. 2. Der Besitz des Gerichtsvollziehers 29
§ 8. 3. Der Besitz des Verkäufers vor der Übergabe der verkauften Sache 31
§ 9. 4. Der Besitz des Werkunternehmers, Frachtführers und Lagerhalters 32

Zweites Kapitel.

Zweites Merkmal: Erfordernis des obligatorischen Vertrages zwischen Mittelbarbesitzer und Besitzmittler.

§ 10. 1. Ausschluß der Besitzer kraft Gesetzes oder Amtes 33

Seite

§ 11. 2. Der Besitz des Finders 35
§ 12. 3. Der Besitz des Vorerben 36
§ 13. 4. Umwandlung der zugrunde liegenden causa 36
§ 14. 5. Subjektive Gültigkeit der causa 37

Drittes Kapitel.

Drittes Merkmal: Erfordernis „auf Zeit".

§ 15. 1. Wohnungsrecht, Erbbaurecht, Erbpacht 38
§ 16. 2. Aufschiebende und auflösende Bedingung 39

Literaturverzeichnis.

Aravantinos, Anfechtbarkeit der Besitzübertragung. Jahrbuch f. Dogmat. 48 S. 112 ff.

Bartels, Ausführungen zum Besitzrecht. In Gruchot 42 S. 665 ff.

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. 1880.

Biermann, Sachenrecht des BGB. Berlin 1898.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. u. 4. Aufl.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. 1898.

Denkschrift zum Entwurf eines HGB. und EG. in der Fassung der dem Reichstage gemachten Vorlage. Berlin 1897.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 3. 1904.

Dernburg, Pandekten. 3. Aufl. 1892.

Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1897.

Eck, Sammlung von Vorträgen. 1902.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. 6. Aufl.

Förtsch in Gruchot 43 S. 545 ff.: Sind nach dem Rechte des BGB. die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihnen vertretenen Personen?

Gaupp-Stein, Die ZPO. für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1902.

Geißler, Zur Frage des mittelbaren Besitzes des Veräußerers einer unter Eigentumsvorbehalt übergebenen beweglichen Sache. In Jur. Wochenschr. 1905 S. 521—522.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. für das Deutsche Reich. 1897.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2: Sachenrecht. 1905.

Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Berner Festschrift für Halle 1894.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. für das Deutsche Reich. 1900.

Jahrbuch des deutschen Rechts, herausgegeben von Neumann.

Jung, Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Goldschmidts Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht Bd. 47.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. 1900.

Kohler, Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 18, 74: Vertrag und Übergabe, S. 1 ff.

Langen, Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften. 1900.

F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.
R. Leonhard, Allgemeiner Teil des BGB. in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. 1900.
Litthauer, Handelsgesetzbuch. Guttentagsche Ausgabe 1898.
Mohr, Der Fund verlorener Sachen. Dissert. Erlangen 1901.
Mothes, Beschlagnahme. Dissert. Leipzig 1903.
Neumann, Handausgabe des BGB. 1905.
Petersen-Anger, Kommentar zur ZPO. 4. Aufl.
Planck, Kommentar zum BGB. 3. Aufl. 1906.
Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes unter Ausschluß des Erwerbes durch Stellvertreter. Dissert. Freiburg i. B. 1905.
Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter. Jherings Jahrbücher f. Dogmatik Bd. 50.
Pudor, Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? In Jur. Wochenschr. S. 314. 1905.
Regelsberger, Pandekten. 1893.
Rehbein und **Reincke,** ALR. 5. Aufl. 1894.
Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals. Bd. 1. 2. Aufl. 1896.
v. Savigny, Das Recht des Besitzes. 7. Aufl. 1865.
Schenk, Der Besitz des Gerichtsvollziehers an den gepfändeten Sachen vor und nach dem 1. Januar 1900. Dissert. Breslau 1905.
Schlieter, Der Besitz bei der Fundsache. Breslauer Dissert. Borna-Leipzig 1905.
Schollmeyer, Kommentar zum BGB. 1900.
Spornberger, Die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache in ihrer geschichtlichen Entwicklung. Breslauer Dissert. Borna-Leipzig 1905.
Staub, Kommentar zum HGB. 6./7. Aufl. 1900.
Staudinger-Kober, Kommentar zum BGB. Bd. 3. 3./4. Aufl. 1907.
Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB. In Jherings Jahrbücher Bd. 38 S. 1 ff.
Thiesing, Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? Im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 20 S. 240 ff.
Weidemann, Der mittelbare Besitz des BGB. Dissert. Berlin 1902.
Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB. Im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 87 S. 62 ff.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken“ (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Einleitung.

§ 1.

Schon die römischen Juristen stritten lebhaft darüber, ob ein doppelter oder mehrfacher Besitz (possessio duorum vel plurium in solidum) möglich sei. Der Streit verdichtete sich ganz besonders beim precarium. Bei diesem handelt es sich offenbar um ein übergeordnetes Verhältnis des Gebers und ein untergeordnetes des Nehmers; der Geber ist also gewissermaßen Oberberechtigter, der Empfänger Unterberechtigter. In der Beziehung, die zwischen Ober- und Unterberechtigtem besteht, liegt etwas Abgestuftes, Staffelförmiges. Man könnte den Empfänger als Besitzer unteren Grades, den Geber als Besitzer oberen Grades bezeichnen, insofern nämlich, als die Sache die Tendenz hat, wieder zum Geber zurückzukehren. Paulus berichtet nun über diesen Streit in Ansehung der possessio duorum vel plurium in solidum am ausführlichsten:

l. 3. § 5 D. d. acq. v. am. poss. 41, 2: „Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum qui precario dederit et ipsum possidere, et eum qui acceperit. Idem Trebatius probabat, existimans, posse alium juste alium injuste possidere, duos injuste vel duos juste non posse. Quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat. Quod est verius. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris."

Paulus spricht hier aus, daß possessio plurium in solidum prinzipiell unmöglich sei. Sabinus aber war der Ansicht, daß Nehmer und Geber eines precarium beide besitzen; ebenso Trebatius. Paulus und Labeo begründen ihre Ansicht mit der Natur der Sache: „contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris, non magis

enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.“ Aber die natürliche Logik hätten Paulus und Labeo nur dann für sich, wenn possessio nur in der Form der corporalis possessio denkbar wäre; sie verwechseln die nebengeordnete Sachherrschaft mit der über- und untergeordneten. Derselbe Paulus, der hier den Sabinus mit der possessio corporalis zu schlagen sucht, hätte sich (und ebenso Labeo) fragen sollen, ob der Doppelbesitz beim precarium nicht durch die Idee des animo possidere auf der einen Seite und corpore possidere auf der anderen Seite erklärt werden könne.[1]) Ganz befriedigend begründet Pomponius den Doppelbesitz beim precarium; er wird sich des staffelförmigen Charakters der Ober- und Unterberechtigung bewußt, indem er dem Unterberechtigten possessio corpore, dem Oberberechtigten possessio animo zuschreibt. Der eine soll also nach ihm leibliche, der andere ideelle possessio haben.

l. 15 § 4 D. de prec. 43, 26: „Eum qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium; an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est. Placet antem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum, qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.“

In derselben Weise verteilen manche römische Juristen die Besitzherrschaft beim Verhältnis des injustus zum justus possessor, wo man auch von der Beziehung des Oberberechtigten zum Unterberechtigten sprechen kann. Trebatius meint in der vorher aufgeführten Stelle (l. 3 § 5 D. 41, 2) offenbar, daß der injustus possessor physischen Besitz habe, der von diesem aber vertriebene frühere possessor noch als justus, d. h. als ideeller possessor aufzufassen sei. So auch Ulpian:

l. 3 D. pr. uti poss. 43, 17: „Si duo possideant in solidum, videmus, quid sit dicendum. Quod qualiter procedat, tractemus: si quis proponeret possessionen justam et injustam. Ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto; si vero non a me, neuter nostrum vincetur; nam et tu possides et ego.“

---

[1]) Ähnlich ist der Gedankengang Bekkers. Er erklärt die possessio plurium damit, daß possessio nach römischem Recht sowohl den Tatbestand des Besitzes (res facti) als auch die Aussicht auf gewisse Formen des Rechtsschutzes (res juris) bedeute. Er wirft den römischen Juristen vor, daß sie den Unterschied zwischen „faktischer“ und „juristischer“ possessio nicht scharf herausgearbeitet hätten; vgl. Bekker, R. d. Besitzes 343—352, 108, 112, 113, 176, 201.

Noch deutlicher betont Ulpian den spiritualistischen (ideellen) Besitz des dejizierten justus possessor gegenüber dem physisch besitzenden injustus possessor, wie folgt:

l. 17 pr. D. 41, 2: „Si quis de possessione dejectus sit, perinde haberi ac si possideret, cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat."

Eine scharfe Herausarbeitung des staffelförmigen Doppelbesitzes in der Weise, daß der eine physischen, der andere spirituellen Besitz hat, finden wir außer beim precarium, possessio justa—injusta auch beim pignus. Der Pfandgläubiger hat hier ausschließlich leibliche possessio, während der Schuldner nur ideelle possessio ad usucapiendum hat:

l. 16 D. de usurp. et usucap. 41, 3: „. . . qui pignori dedit, ad usacapionem tantum possidet."

Ähnlich verhält es sich mit der germanischen mehrfachen Gewere. Die Mehrheit der Sachherrschaft ist auch hier in der Weise geregelt, daß die unmittelbare, „ledigliche" Gewere jeweilig nur in den Grad der Unterberechtigung, dagegen die in der Abstraktion liegende Gewere des oder der Oberherren in diesen Grad fällt. Doppel- oder mehrfache Gewere in solidum ist auch hier nur innerhalb verschiedener, nicht desselben Grades möglich. In diesem Sinne sind Sachsensp. I, 34 § 2, II, 57, Schwabensp. (L.) 216, Magdeb. Fragen I, 226 in Ansehung des Ausdrucks „ledigliche Gewere" zu verstehen. Auch wenn Sächs. Lehnr. 14 § 2 ausspricht: „doch muß enes die gewere sin", so folgt aus der Vergleichung mit Artikel 38 § 2, daß bei Leiheverhältnissen mehrfache ledigliche (unmittelbare, physische) Gewere nur in einem, nicht in mehreren Graden zugleich bestehen könne.[1])

Die gemeinrechtliche Theorie und Praxis entwickelte das von den römischen Juristen nur dürftig gestreifte Problem des Doppel- und mehrfachen Besitzes unter bewußtem oder unbewußtem Einflusse deutschrechtlicher Ideen in der Weise, daß sie den Besitzschutz auch auf den selbstnützigen Detentor ausdehnte.[2])

Im Anschlusse daran erkannte das preuß. allgem. Landrecht das Nebeneinanderbestehen von vollständigem und unvollständigem Besitz an:

I 7 § 124: „Durch Einräumung des unvollständigen Besitzes an einen anderen wird der vollständige Besitz des bisherigen Besitzers fortgesetzt."

---

[1]) Gierke, Deutsches PrivR. II S. 192 Note 23.
[2]) Windscheid-Kipp I § 162a, insbes. bei Note 7b, 8.

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch hat dann allgemein den Staffelbesitz mit der erwähnten Wechselwirkung von physischer und spiritueller (ideeller) Sachherrschaft in § 868 geschaffen:

„Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Erfinder des Ausdrucks „mittelbarer Besitz" scheint Jhering zu sein, der ihn in seiner Schrift über den Besitzwillen (S. 314) gebraucht.

Die Idee des mittelbaren Besitzes fand von einigen Seiten in der Kommission für die zweite Lesung heftigen Widerspruch. Es liege darin, so führte man aus, eine compossessio plurium in solidum, die der juristischen Logik widerstreite; es stehe mit der Auffassung des Lebens im Widerspruche, solchen Personen Besitzschutz zu gewähren, die die tatsächliche Gewalt nicht ausübten (Prot. III S. 222 ff.). Hier wird man unwillkürlich an das „contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris" des Paulus und des ähnlichen Ausspruchs Labeos erinnert; hier wie dort tritt uns die gleiche petitio principii entgegen.

Vollends an die Gewere mehrfachen Grades lehnt sich die Bestimmung des § 871 an, indem darin der Staffelbesitz ad infinitum anerkannt wird:

„Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer."

Grundlegung.

Nach § 868 wird dem Nießbrauchsgeber, Pfandschuldner, Verpächter, Vermieter, Verwahrer mittelbarer Besitz gewährt und dieser auf alle „ähnlichen" Verhältnisse erstreckt. Der Schwerpunkt liegt in dem Wörtchen „ähnlich". Nicht jedem Besitzer schlechthin, der einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, steht dieser andere als mittelbarer Besitzer gegenüber; das Verhältnis muß ein dem Nießbrauche, Pfande, der Pacht usw. ähnliches sein. Geht man nun von den im § 868 aufgeführten Beispielen aus, so kann man für die Begriffsbestimmung des mittelbaren Besitzes vorläufig folgende Merkmale aufstellen:

1. Der vermittelnde Besitzer hat die von ihm besessene Sache von dem früher unmittelbaren, jetzt mittelbaren Besitzer

der Sache erhalten; Erfordernis der Besitznachfolge des Besitzmittlers oder des Realakts der Hingabe der Sache. Ausnahme: Konsensuale Begründung mittelbaren Besitzes nach § 930 — constitutum possessorium;

2. und zwar auf Grund eines obligatorischen Vertrages;
3. vorübergehend „auf Zeit".

Diese drei Merkmale sollen im folgenden genauer nachgeprüft werden.

Erstes Kapitel.

Erstes Merkmal: Erfordernis der Besitznachfolge des Besitzmittlers.

§ 2.

I. Spezielle Fälle.

Der Besitzmittler leitet seinen unmittelbaren Besitz von dem jetzigen mittelbaren Besitzer ab,[1]) er ist der Nachfolger des mittelbaren Besitzers, der die Sache früher real besessen hat. Originär kann also mittelbarer Besitz nur durch den Realakt der Hingabe der Sache von dem einen an den anderen entstehen.

1. Ist aber einmal mittelbarer Besitz originär durch den Realakt der Hingabe der Sache entstanden, so kann er derivativ durch bloßen Konsensualakt übertragen werden; z. B. im Wege der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe gemäß § 870. Immer muß aber die Reihe der Zessionare auf einen solchen Zedenten zurückzuführen sein, der den unmittelbaren Besitz der Sache einst hatte und ihn dann an den jetzigen unmittelbaren Besitzer abgegeben hat. Z. B. geht beim Konnossement der mittelbare Besitz mit der Veräußerung des Papieres von Hand zu Hand über. Die Reihe der Konnossementsinhaber hat jedoch ihren Ausgangspunkt von dem Ablader des Gutes.

2. Was eben von der Mittelbarbesitzabtretung gesagt ist, gilt entsprechend von dem gemäß § 857 vom Erblasser auf den Erben übergegangenen Mittelbarbesitz, bloß mit dem Unterschiede, daß sich hier der Wechsel auf seiten des mittelbaren Besitzers nicht im Wege der Singularsukzession, sondern der Universalsukzession vollzieht.

---

[1]) A. M. Rudolf Leonhard und Otto Fischer, welche mit dem Ausgangspunkt dieser Arbeit, daß der mittelbare Besitz des BGB. nur ein vom Besitzherrn abgeleiteter sei, nicht einverstanden sind. Dies wird auf ihren Wunsch hier vermerkt. Dagegen auch Franz Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 61; dafür: Hellwig, Subjektive Grenzen der Rechtskraft 250ff.

3. In den eben zu 1 und 2 besprochenen Fällen haben wir gesehen, daß mittelbarer Besitz originär nur durch Realakt begründet wird (§ 868). Nur wo es sich um derivativen Erwerb bereits schon durch Realakt begründeten Mittelbarbesitzes handelt (§§ 870, 857), genügt ein Konsensualakt.

Eine scheinbare Ausnahme von dem Erfordernis des Realakts bei originärer Mittelbarbesitzbegründung bildet das constitutum possessorium oder der Mittelbarbesitz ohne Hin- und Hergabe gemäß § 930:

> Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

Wenn also der Käufer dem Verkäufer die gekaufte Sache gleichzeitig vermietet, so genügt es nach § 930 zur Eigentumsübertragung, wenn der Käufer den mitttelbaren Besitz erlangt. Es soll die lästige und absurde Manipulation des Hin- und Hergebens der Sache erspart werden. Der zum Mittelbarbesitzerwerbe eigentlich erforderliche Realakt der Übergabe wird durch eine Fiktion ersetzt. Diese greift aber nur dann Platz, wenn ein Doppelgeschäft vorliegt, auf Grund dessen ein Hin- und Hergeben erforderlich wäre. In der Bestimmung des § 930 liegt eine Durchbrechung des Traditionsprinzips im Anschluß an die Entwicklung des gemeinen Rechts.

4. In den zu 1—3 besprochenen Fällen kann sich aber gemäß § 871 an das mittelbare Besitzverhältnis eine Kette von weiteren mittelbaren Besitzverhältnissen anschließen. So kann über unmittelbarem Verwaltungsbesitz mittelbarer Pachtbesitz, über diesem mittelbarer Nießbrauchsbesitz und darüber mittelbarer Eigenbesitz stehen. Hier im Falle des § 871 wandert also gewissermaßen die Sache von Hand zu Hand, während bei der Mittelbarbesitzzession (§ 870) und der Mittelbarbesitzvererbung (§ 857) sowie dem constitutum possessorium (§ 930) die Sache bei demselben unmittelbaren Besitzer verbleibt, dagegen sich die Veränderungen auf seiten des mittelbaren Besitzers nur durch Gedankenoperationen vollziehen.

5. Es ist jedoch auch eine Kombination von Mittelbarbesitzkette (§ 871) mit Mittelbarbesitzzession (§ 870) und Mittelbarbesitzvererbung (§ 857) möglich. Wenn z. B. der Eigentümer A eine Sache dem B zum Nießbrauche gibt, B sie dem C verpachtet, C sie durch D verwalten läßt, so kann sich in dieser Mittelbarbesitzkette ein Wechsel durch Singular- oder Universalsukzession vollziehen. Angenommen: C stürbe und würde durch

X beerbt, so würde sich die Mittelbarbesitzkette aus den Gliedern A·B·X·D zusammensetzen. C scheidet natürlich als Verstorbener aus. Anders liegt die Sache beim Wechsel durch Singularsukzession. Möglicherweise könnte nämlich der Pächter C seinen Anspruch auf Herausgabe gegen seinen Verwalter Y abtreten, falls Afterverpachtung gestattet ist. Die Mittelbarbesitzkette würde sich dann aus den Gliedern A·B·C·Y·D zusammensetzen. Der Pächter C scheidet hier nicht aus. Nur schiebt sich zwischen ihn und D der Unterpächter Y als neues Glied in die Reihe. C kann auch hier nicht ausscheiden, denn er ist dem Verpächter B zur Herausgabe verpflichtet. Durch einseitige Zession seines ihm gegen D zustehenden Herausgabeanspruches an den Unterpächter Y wird er gegenüber B seiner Herausgabepflicht nicht ledig. C scheidet nur dann aus, wenn Y nach den Bestimmungen der Schuldübernahme mit Genehmigung des B an Stelle des C tritt. Y wäre dann im Verhältnisse zu D Mittelbarbesitzzessionar, im Verhältnisse zu B übernommener Schuldner.

Wie gestaltet sich nun beim Mittelbarbesitz mehrfachen Grades das Besitzverhältnis der einzelnen Glieder untereinander und nach außen?

a) Nach innen. In der erwähnten Reihe A·B·C·D sind die einzelnen Glieder nur der Reihe nach, von Glied zu Glied, per ordinem mittelbare Besitzer. Denn D leitet seinen Besitz von C, C von B, B von A ab. Sprungweise, per saltum, bestehen aber z. B. zwischen A und D keine mittelbaren Besitzbeziehungen, weil zwischen beiden keine reale Besitznachfolge stattgefunden hat oder D nicht direkt mit dem Willen des A den Besitz ableitet. Wenn A sein Gut dem B mit Gestattung der Afterverpachtung verpachtet, B es an C weiterverpachtet, C es durch D verwalten läßt, so ergibt sich aus den einzelnen obligatorischen Verhältnissen der Glieder untereinander, daß A als mittelbarer Besitzer entfernteren Grades dem D in seine Verwaltung des Gutes nichts hineinzureden hat. Hierzu ist nur C befugt. A kann sich nur an B halten, oder A muß gegen D petitorisch vorgehen. F. Leonhard meint (S. 76) allerdings, daß die tatsächliche Herrschaft des ersten mittelbaren Besitzers durch die Weggabe der Sache durch den Mittler nicht beendet werde. Der Mieter z. B. vermittle auch wieder seinen Willen den Zusammenhang zwischen Vermieter und seinem Aftermieter in ähnlicher Weise, wie er einen unmittelbaren Herausgabeanspruch zwischen beiden vermittle. Hierfür beruft sich F. Leonhard auf §§ 556 Abs. 3 und 604 Abs. 4, jedoch irrtümlich. § 556 Abs. 3 gibt dem Vermieter nach Ablauf des Mietsvertrages den Anspruch

auf Herausgabe gegen den Aftermieter, falls der Mieter die Sache weiter vermietet hat. Falls der Vermieter die Erlaubnis zur Weitervermietung dem Mieter gegeben hat, ist also der Aftermieter vor Ablauf des Hauptmietsvertrages zur Räumung nicht verpflichtet. Er ist aber auch nicht berechtigt, länger zu wohnen. Sein Recht endigt mit dem des Mieters. Dadurch nun, daß dem Vermieter event. die Klage auf Herausgabe gegen den Untermieter zusteht, darf man sich nicht verleiten lassen, zwischen Vermieter und Aftermietor obligatorische Beziehungen zu suchen. Solche bestehen überhaupt nicht zwischen beiden, auch wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Weitervermietung gegeben hat. Der Herausgabeanspruch des Vermieters gegenüber dem Aftermieter ist auch nicht die actio utilis, sondern, falls der Vermieter Eigentümer ist, die rei vindicatio.[1]) Die Bestimmung des § 556 Abs. 3 deckt sich im wesentlichen mit § 986, wonach der Besitzmittler die Herausgabe der Sache gegenüber dem vindizierenden Eigentümer nicht verweigern darf, falls der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber nicht zum Besitze berechtigt ist. Würde durch die Erlaubnis zur Weitervermietung auch nur ein mittelbares obligatorisches Band zwischen Hauptvermieter und Untermieter geschaffen, dann wäre auch der Hauptvermieter gegenüber dem Aftermieter gebunden, falls der Aftermietvertrag auf längere Zeit als der Vertrag des Hauptvermieters geschlossen ist. Es besteht aber nach Bürgerlichem Gesetzbuch auch kein indirektes Vertragsverhältnis zwischen Hauptvermieter und Untermieter, wie ja auch der Hauptvermieter gegenüber dem Aftermieter kein gesetzliches Pfandrecht hat. Der Aftermieter ist, von dem Falle einer unerlaubten Handlung abgesehen, dem Hauptvermieter in keinem Falle haftbar, auch wenn dieser die Erlaubnis zur Weitervermietung gegeben hat. Dies entspricht auch dem preuß. Landrecht. Nach diesem kann der Vermieter (Verpächter) gemäß § 317 I, 21 für alle von dem Untermieter (Unterpächter) angerichteten Beschädigungen diesen direkt in Anspruch nehmen. Dies beruht aber auf dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung, nicht auf einer actio utilis. Denn auf den Zins, den der Aftermieter (Afterpächter) zu zahlen hat, hat der Hauptvermieter (-verpächter)

---

[1]) Auch Hellwig, Verträge 421, 422 leugnet, daß zwischen Vermieter und Aftermieter obligatorische Beziehungen bestehen. § 556 Abs. 3 bezwecke nicht, das Kontraktsrecht des Vermieters gegen den Aftermieter zu erstrecken, sondern zu bestimmen, daß dieser dem Vermieter die Sache erst nach der Beendigung des Mietverhältnisses herauszugeben brauche. Das Recht des Vermieters, die Sache von dem Aftermieter zu verlangen, ergebe sich schon aus § 1006 Abs. 3. Das gleiche gelte von § 604.

keinen Anspruch (§ 318 I, 21). Die preuß. Rechtsprechung hat hier auch niemals ein unmittelbares obligatorisches Rechtsverhältnis angenommen.[1])

Besteht also nach Bürgerlichem Gesetzbuche keine mittelbare obligatorische Beziehung zwischen Hauptvermieter und Aftermieter, so folgt weiter, daß der Hauptvermieter nicht gemäß § 550 gegen den Aftermieter utiliter auf Unterlassung klagen kann, falls dieser von der gemieteten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch macht. Es bleibt ihm nur übrig, sich wegen des vertragswidrigen Verhaltens des Aftermieters an den Mieter zu halten oder gegen den Aftermieter negatorisch gemäß § 1004 zu klagen. Bestehen somit keinerlei obligatorische Beziehungen zwischen Hauptvermieter und Aftermieter, so ist auch die Annahme mittelbarer Besitzbeziehungen zwischen beiden nach innen ausgeschlossen. Der Hauptvermieter kann gegen den Aftermieter nicht gemäß § 869 possessorisch vorgehen, da der Aftermieter gegenüber dem Mieter nicht eigenmächtiger Besitzer ist. Das eben Gesagte gilt analog für den Fall der Weiterverleihung §§ 603, 604, 605 Abs. 2.

Richtig ist allerdings, wie F. Leonhard (S. 76) hervorhebt, daß nach römischem Rechte der Verpächter und Vermieter den Besitz auch dann behält, wenn der Pächter oder Mieter die Sache anderweit verpachtet oder vermietet, selbst dann, wenn er sie verkauft und darauf mietweise zurückbehält (Dig. 41, 2 de acqu. vel am. poss. l. 30 § 6, l. 32 § 1). Aber Pächter, Mieter oder Kommodatar haben nach römischem Rechte keinen Besitz; wenn sie also die Sache weiter verpachten, vermieten oder veräußern, gleichzeitig sie aber wiederum zurückpachten oder mieten, so wird dadurch an der Rechtslage des ursprünglichen Besitzherrn nichts geändert, weil sich die Sache dann immer noch in der Hand des Mieters, Pächters oder Kommodatars befindet und der Besitzherr in der Lage ist, gegen sie possessorisch vorzugehen. Der Mieter, Pächter oder Kommodatar kann die Besitzherrschaft des Besitzherrn ohne reale Weggabe der Sache durch bloße Rechtsgeschäfte nicht beeinträchtigen; hier gilt vielmehr der bekannte Grundsatz: Nemo sibi causam possessionis mutare potest.

b) Nach außen. Wendt meint (S. 53), daß, sobald der unmittelbare Besitz durch Verlust der tatsächlichen Gewalt in der Hand des unmittelbaren Besitzers aufhöre, im gleichen Augenblicke die sämtlichen auf diesem Besitz aufgebauten Be-

[1]) Rehbein und Reincke, ALR. § 320 I, 21 Note 95; Eccius, Preuß. PrivR. II, 190.

sitzrechte der mittelbaren Besitzer erlöschen. Hier übersieht aber Wendt den § 871, der den mittelbaren Besitz entfernteren Grades ausdrücklich anerkennt. Wenn daher ein fremder X, der in der erwähnten Reihe A·B·C·D zu diesen Mittelbarbesitzgliedern in keinerlei obligatorischen Beziehungen steht, dem D die Sache eigenmächtig wegnimmt, so können die entfernteren Glieder A und B gegen X possessorisch aus § 869 klagen. Der Kern, der in § 871 steckt, ist, daß an den inneren Besitzbeziehungen der einzelnen Mittelbarbesitzglieder zueinander nichts geändert, vielmehr nur dadurch jedem Gliede die Aktiv- und Passivlegitimation nach außen in prozessualer Beziehung gegeben wird, mag es sich um petitorische oder possessorische Prozesse handeln.

Die Ausführungen zu 1—5 ergeben, daß nach Bürgerlichem Gesetzbuche der Mittelbarbesitz originär nur durch Realakt oder das ihn ersetzende constitutum possessorium begründet werden kann. Ähnlich drückt sich auch Strohal aus. Er verlangt nämlich, daß die Sache dem Besitzmittler „anvertraut" sein müsse.[1]) Das Anvertrauen meint Strohal, wie F. Leonhard (S. 60) richtig bemerkt, offenbar nicht im ethischen Sinne. Dagegen polemisiert F. Leonhard gegen das Erfordernis der durch Realakt oder das ihn ersetzende constitutum possessorium begründeten Besitznachfolge. Der Verpächter eines Landgutes, so führt Leonhard (S. 61) aus, wäre andernfalls nur Mittelbarbesitzer der Sachen, die sich bei der Aushändigung darin befunden hätten. Die neu angeschafften Sachen könnte der Verpächter dann nicht einfordern, wenn sie verloren gingen (§ 869) und insbesondere nicht ersitzen. Soweit aber bei Neuanschaffungen die neu angeschafften Sachen Zubehörstücke des Pachtgutes geworden sind (§ 98), teilen sie auch die rechtlichen Schicksale der Hauptsache. Es ist also im letzteren Falle Mittelbarbesitz des Verpächters auch nach Überlassung des Pachtbesitzes an den Pächter denkbar.[2]) Sind aber die neuangeschafften Stücke nicht Zubehörstücke des Gutes geworden, so ist auch Mittelbarbesitz des Verpächters daran ausgeschlossen.[3]) Unzutreffend ist auch die weitere Polemik F. Leonhards: Der Pächter könnte sich dann bei Neuanschaffungen nach Überlassung des Pachtgutes nicht auf die Einreden aus dem Rechte des Verpächters berufen, falls er vom Eigentümer gemäß § 986 verklagt werde. Miete z. B. der Verpächter für das Gut eine Dampfwalze, die sofort dorthin gebracht werde, so könnte sie der Vermieter

[1]) Strohal, Sachbesitz S. 20ff.
[2]) So Staudinger-Kober, Komm. zu § 868 I Ziff. 2.
[3]) Das übersieht auch Geißler, JurW. 1905 S. 521.

jederzeit von dem Pächter vindizieren, ohne daß dieser gegenüber dem Vindikanten Einreden aus dem Mietsrecht des Verpächters geltend machen könne. Aber durch Vermietung der Dampfwalze an den Verpächter wird dieser Besitzmittler des Vermieters der Dampfwalze, durch weitere Überlassung derselben vom Verpächter an den Pächter wird dieser Besitzmittler des Verpächters bezw. Mieters. In Ansehung der Dampfwalze wird also der Vermieter gegenüber dem Pächter des Landgutes mittelbarer Besitzer zweiten Grades. Somit sind also dem Pächter gegenüber der Vindikation des Vermieters der Dampfwalze die Einreden aus dem Mietrecht des Verpächters des Landgutes nicht abgeschnitten.

II. Das Problem des Mittelbarbesitzerwerbes im Falle der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung.

§ 3.

1. Entbehrlichkeit dieses Problems in bezug auf den Rechtserwerb an beweglichen Sachen sowie in bezug auf den Erwerb der petitorischen Rechtslage aus dem Besitze beweglicher Sachen.

Über das gemeinrechtlich bestrittene und nie zu Ruhe gekommene Problem des Besitzerwerbes im Falle der Stellvertretung schweigt das Bürgerliche Gesetzbuch gänzlich. Im bisherigen Recht war diese Frage vorzugsweise für den sich an den Besitzerwerb knüpfenden Rechtserwerb von Bedeutung. Für den Rechtserwerb an Immobilien ist die Frage des Besitzerwerbs durch Mittelspersonen gegenstandslos geworden. Hat sie aber noch Bedeutung für den Rechtserwerb durch Mittelspersonen an beweglichen Sachen?

Strohal,[1]) und mit ihm die Mehrzahl der Schriftsteller, meint, die Möglichkeit eines Besitzerwerbes und eines hierdurch wieder vermittelten Eigentumserwerbes wäre geradezu ausgeschlossen, wenn es nicht neben dem Besitz im engeren Sinne auch noch einen mittelbaren Besitz gäbe. Nach Strohal also kann sich der Rechtserwerb an beweglichen Sachen durch Mittelspersonen nur in der Weise vollziehen, daß der Vertreter unmittelbaren und damit zugleich der Vertretene mittelbaren Besitz erwirbt.[2]) Obwohl nun die Frage des sich an den Mittelbarbesitzerwerb anknüpfenden Rechtserwerbes an beweglichen

[1]) Strohal, Sachbesitz S. 18.
[2]) Ebenso Jung bezüglich der Einkaufskommission S. 205.

Sachen streng genommen nicht hierher gehört, so erscheint dennoch wegen der Wichtigkeit dieser von Strohal mit dem Mittelbarbesitzerwerbe verbundenen Frage eine nähere Erörterung aus praktischen Gründen dringend geboten. In Wahrheit ist die Frage nach dem Mittelbarbesitzerwerbe durch Mittelspersonen für die Frage des Rechtserwerbes an beweglichen Sachen vollkommen entbehrlich. Man könnte nun geneigt sein, zur Widerlegung dieser Behauptung auf § 929 zu verweisen, wonach zur Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen Übergabe erforderlich ist und daraus das Gegenargument entnehmen, daß der Vertretene Besitz erwerben müsse, der dann gegenüber dem unmittelbaren Besitze des Vertreters nur als mittelbarer gedacht werden könne. Aber die anderweitige Lösung liegt, wie F. Leonhard bereits gezeigt hat,[1]) im § 931:

> Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe abtritt.

Dies kann unbedenklich auf den Eigentumserwerb des Vertretenen, vermittelt durch den Besitz des Vertreters, angewendet werden. Auch hier liegt eine dem § 931 analoge Personendreiheit vor. Nehmen wir an: A ist Vertretener, B Vertreter, C bisheriger Eigentümer der Sache. Ziel soll sein: Übergang des Eigentums von C auf A. Der bisherige Eigentümer übergibt nun die Sache dem B, dem Vertreter des A; B ist nunmehr der „Dritte im Besitze". Als Vertreter des A nimmt nun B gleichzeitig die Eigentumsübertragungserklärung des C zugunsten des A entgegen. Kurz: Der Vertretene erwirbt das Eigentum im Wege der Vindikationszession. Diese von F. Leonhard zuerst aufgestellte Lösung ist die einfachste des schwierigen Problems.[2]) Der weiter hergeholten Annahme Mittelbarbesitzes auf seiten des Vertretenen bedarf es nicht.

Der Erwerb des Nießbrauchs im Falle der Stellvertretung vollzieht sich ebenso wie der Erwerb des Eigentums durch den Vertreter, d. h. der Vertretene erwirbt den Nießbrauch durch Zession des Nießbrauchsrechts gemäß § 1032, der § 931 für entsprechend anwendbar erklärt.

Auch der Pfandrechtserwerb des Vertretenen durch den Vertreter vollzieht sich nach Analogie der Personendreiheit des § 931 im Wege der pfandweisen Vindikationszession.[3]) Der

---

[1]) F. Leonhard, Fahrnisbesitz S. 84ff.

[2]) Völlig unklar ist Isays Polemik S. 344 gegen F. Leonhards Konstruktion.

[3]) Die F. Leonhardsche Konstruktion ist hier vom Verfasser weiter ausgebaut worden.

Vertretene erhält also den Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe verpfändet. Von einem Pfandbesitz des Vertretenen ist keine Rede. Der Anspruch des Eigentümers ist ein dinglicher. Da er unter den Voraussetzungen des § 931 zessibel ist, so ergibt sich nach § 1274 Abs. 2 auch die Möglichkeit seiner Verpfändung. Die Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte erfolgt aber gemäß § 1274 Abs. 1 nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften. Mithin genügt hier die bloße pfandweise Übertragung des Vindikationsanspruchs. Nehmen wir also wieder an: A ist Vertretener, B Vertreter, C verpfändenwollender Eigentümer. Ziel ist: Pfandrechtserwerb des A an der dem C gehörigen Sache durch den Vertreter B. C übergibt dem B die Sache. In diesem Augenblicke hat C gegen B bloß noch die Vindikation, B ist also nun „Dritter im Besitze" der Sache. Als Vertreter des A nimmt nun B gleichzeitig von dem Eigentümer C die Verpfändung des dinglichen Anspruchs auf Herausgabe für A an. Das bedeutet also eine pfandweise Vindikationszession.

In derselben Weise wird die petitorische Rechtsstellung aus dem Besitze durch einen Vertreter ohne das Bindeglied des mittelbaren Besitzes erworben.

Beim Rechtserwerbe innerhalb einer Personenzweiheit ist nach § 929, 930 reale Übergabe oder das diese ersetzende constitutum possessorium erforderlich. Innerhalb einer Personendreiheit genügt es, wenn sich spätestens im Momente der Rechtsübertragung die Sache weder beim Veräußerer noch beim Erwerber, vielmehr bei einem Dritten befindet, mag dieser Dritte dem Erwerber dinglich (§ 931) oder obligatorisch, wie hier der Vertreter, auf Herausgabe haften. § 931 ist nur ein spezieller Fall der Anwendung dieses allgemeinen Rechtsgedankens, dessen sich wohl die Schöpfer dieses Paragraphen nicht bewußt geworden sind. Die Rechtsfigur der Personendreiheit des § 931 läßt sich also auf einen Fall anwenden, an den allerdings, wie den Gegnern dieser hier dargestellten Konstruktion zuzugeben ist, die Schöpfer des Gesetzes nicht gedacht haben. Hier betätigt sich eben der Mechanismus der Rechtsfigur in schöpferischer Weise. Kraft des ihr innewohnenden formalen Charakters kann sie Tatbestände in sich aufnehmen, für die sie ursprünglich nicht bestimmt war. So vollzieht sich überhaupt jeder Fortschritt im juristischen Leben. Neue Rechtsgedanken, namentlich solche allgemeiner Natur, treten niemals zunächst rein auf: sie suchen die schützende Hülle einer anerkannten, verwandten Rechtsfigur, bis daß sie legitim geworden sind und die ursprüngliche Hülle ungescheut abwerfen können.

Daß die geschilderte Rechtsfigur der Personendreiheit tatsächlich einen allgemeinen Gedanken umschließt, ergibt sich aus folgendem:

1. § 931. A gehört die Sache, hat sie aber nicht, B hat sie, sie gehört ihm aber nicht, C will sie von A erwerben. Durch rein konsensuale Übertragung ohne reale Übergabe erwirbt hier C von A das Eigentum der beim B befindlichen Sache. Der eine hat die Sache physisch inne, aber das Eigentum an ihr wandert rein im Wege der Gedankenoperation von dem Zweiten zum Dritten.

2. § 1381. A erwirbt und erhält übergeben von B eine Sache, und zwar erwirbt A mit Mitteln des eingebrachten Vermögens seiner Ehefrau C. In diesem Augenblicke erwirbt die Ehefrau C von B das Eigentum der Sache, wenn nur der Ehemann A für sie hat erwerben wollen. Eine zweite reale Übertragung von A an C ist nicht erforderlich. Hier hat A die erworbene Sache im Besitze, sie gehört ihm aber nicht, C gehört sie, hat sie aber nicht. Das Gemeinsame mit § 931 ist also, daß das Eigentum vom Veräußerer auf die Erwerberin ohne reale Übergabe wandert, während der physische Besitz sich bei einem von diesen beiden Personen gesonderten Dritten befindet. Insoweit stimmen die Tatbestände zu 1 und 2 überein. Bei 2 kommt aber noch etwas sehr wichtiges hinzu, und das ist, daß die dritte Person im Besitze der Sache, d. i. der Ehemann A, Verwalter des Vermögens seiner Ehefrau C, also ein besonders gearteter Stellvertreter ist. Es liegt mithin schon eine Differenzierung des Tatbestandes zu 1 vor.

3. § 1646. Der Vater A erwirbt und erhält übergeben von B eine Sache, und zwar erwirbt A mit Mitteln seines Sohnes C. Das Eigentum geht hier von B auf C in dem Augenblicke über, in dem A die Sache von B übergeben erhält, wenn nur A hat für C erwerben wollen. Auch hier geht das Eigentum der Sache von der einen Person auf die andere ohne reale Übergabe über, während eine dritte Person den physischen Besitz hat. Der Tatbestand zu 3 stimmt mit dem zu 2 auch darin überein, daß die dritte Person im Besitze der Sache gesetzlicher Vertreter des Erwerbers ist.

4. Beim Rechtserwerb durch einen rechtsgeschäftlichen Stellvertreter handelt es sich also im wesentlichen um denselben Tatbestand wie zu 2 und 3. Dort beruht die Vertretung auf Gesetz,[1]) hier auf Rechtsgeschäft. Diese Personendreiheit bildet gewisser-

[1]) Przibilla, Erwerb des m. Besitzes d. Stellv. 339 meint, der Mann sei zwar nicht Vertreter der Frau, aber genau so zu behandeln wie ein Vertreter.

maßen den Abschluß der zu 1—3 besprochenen Fälle, die Bekrönung des allgemeinen geschilderten Rechtsgedankens.[1])

Die Unabhängigkeit des Rechtserwerbes des Vertretenen vom Besitzerwerbe deuten übrigens schon die Mot. III S. 88 an: „Die durch die Ergreifung erlangte tatsächliche Gewalt . . . bleibt bei dem Vertreter. Es wird also ein Ersatz der eigenen Inhabung durch eine gleichwertige fremde Inhabung zugelassen, ohne daß eine mittelbare Inhabung durch einen anderen . . . angenommen wird."

2. Erörterung des Problems.

§ 4.

A. Die eigentliche Stellvertretung.

Vollzieht sich nach obigen Ausführungen der Erwerb von Rechten an beweglichen Sachen durch Stellvertreter unabhängig von der Frage des Mittelbarbesitzerwerbes des Vertretenen, so ist dennoch damit dieses letztere Problem nicht überflüssig geworden.

Nach Strohal[2]) kann sich ein mittelbares Besitzverhältnis dadurch ergeben, daß jemand als Vertreter eines anderen Besitz derart erwirbt, daß er hierbei den unmittelbaren Besitz für sich selbst erlangt und dem Vertretenen somit nur mittelbaren Besitz verschaffen kann. Unter den Schriftstellern, die hierin Strohal folgen, befinden sich auch Bartels,[3]) der sogar noch behauptet, die Kommission für die 2. Lesung habe die Frage durch Schaffung des mittelbaren Besitzes in der Weise lösen wollen, daß der Vertreter sich zunächst selbst zum Besitzer mache, dagegen das zwischen Vertreter und Vertretenen bestehende kausale Rechtsverhältnis ex contractu oder quasi ex contractu den mittelbaren Besitz des Vertretenen mit dem in der Hand des Vertreters entstehenden oder entstandenen unmittelbaren Besitz hervorrufe, und zwar ohne weiteres, kraft der Fiktion von Rechts wegen. Es findet sich aber in dem vorhandenen amtlichen Material kein Anhaltspunkt dafür, daß die Kommission für die 2. Lesung das fragliche Problem im Sinne Bartels durch Schaffung des mittelbaren Besitzes hat lösen

[1]) Die herrschende Meinung sieht in den §§ 1381, 1646 Ausnahmebestimmungen, wofür allerdings der Wortlaut der Prot. IV, 185 ff., III, 225, IV, 572 spricht. Die Ausnahme bestehe — Kohler, Arch. f. bürgerl. R. 1884 — darin, daß ein constitutum possessorium gesetzlich vermutet werde; vgl. Przibilla, Erwerb des m. Besitzes d. Stellv. 339 ff.

[2]) Sachbesitz 21 c.

[3]) Bei Gruchot 42, 665 ff.

wollen, im Gegenteil, es fehlt hier jede Bezugnahme auf den mittelbaren Besitz. Die Motive lehnen hier sogar die mittelbare Inhabung ausdrücklich ab. Die durch die Ergreifung erlangte tatsächliche Gewalt soll, so führen die Mot. III S. 87, 88 aus, beim Vertreter bleiben, dagegen sollen die rechtlichen Folgen der Erwerbungshandlung nur insoweit auf den Vertretenen bezogen werden, als ihm die Rechtsposition des Besitzes verschafft wird. Die Vorschriften über die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften werden für entsprechend anwendbar erklärt. Dem entsprach auch die Fassung des § 801 Entw. 1, der die Bestimmungen über die Vertretung bei Rechtsgeschäften auf den Besitzerwerb übertrug. Dies wurde in 2. Lesung gestrichen, weil die analoge Anwendung der Vorschriften für die Vertretung bei Rechtsgeschäften auf den Erwerb des unmittelbaren Besitzes selbstverständlich sei; der Wille, die Sache tatsächlich inne zu haben, könne aus der Person des die tatsächliche Gewalt habenden Vertreters dem Vertreter zugerechnet werden (Prot. III S. 33). Protokolle und Motive stimmen also darin überein, daß der Vertreter durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt dem Vertretenen die Rechtsposition des Besitzes direkt verschafft; von dem mittelbaren Besitz des Vertretenen findet sich keine Andeutung. Nach den Motiven soll also der Vertreter zwar die tatsächliche Gewalt, nicht dagegen den Besitz an der von ihm für einen anderen erworbenen Sache haben, die Rechtsposition des Besitzes soll dem Vertretenen allein zustehen. Hiernach wird der Vertreter zum bloßen Besitzdiener des Vertretenen gestempelt. Dies Ergebnis stimmt allerdings mit der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis überein. Aber der Kreis derjenigen Personen, die nach römischem Recht Besitz erwerben konnten, war ein sehr enger;[1]) demzufolge konnte auch beim Stellvertreter niemals die Frage aufgeworfen werden, ob er, wenn er für einen anderen erwarb, auch selbst Besitz an der erworbenen Sache haben könne. Indem nun das Bürgerliche

[1]) Der genaue Kenner der römischen Quellen wird beobachten, daß die Römer possessio nur solchen Personen zugestanden, die ein im römischen Katalog der dinglichen Rechte verzeichnetes Recht in Anspruch nehmen. Das Recht des Kommodatars, Mieters, Pächters, Finders — ausgenommen den Schatzfinder, weil er Eigentümer werden kann — ist, wie das des Vertreters, im römischen Katalog der dinglichen Rechte nicht zu finden, also kann bei diesen Rechtsverhältnissen niemals possessio vorliegen. Demzufolge faßte auch Savigny, Recht des Besitzes S. 504, 194, 195 die possessio als Ausübung des dinglichen Rechts auf und lehnte die Erweiterung der possessio auf nicht im römischen Katalog der dinglichen Rechte verzeichnete Rechtsverhältnisse ab. Verfasser kann dies hier nur andeuten. Eine eingehende Erörterung dieser Frage soll anderen Orts geschehen.

Gesetzbuch den Besitz prinzipiell auf jede tatsächliche Herrschaft ausdehnt, kann man das Gewaltverhältnis des Vertreters nicht mehr nach den Grundsätzen des römischgemeinen Rechts bestimmen.

Wenn nun Strohal meint, dadurch, daß der Vertreter eine Sache für einen anderen erwerbe, mache er sich selbst zum unmittelbaren, dagegen den anderen zum mittelbaren Besitzer, so ist dies m. E. aus dem Grunde nicht richtig, weil in diesem Falle der Vertreter den unmittelbaren Besitz der Sache nicht vom Vertretenen, sondern von dem Dritten erhalten hat. Der Vertreter ist also hier nicht Nachfolger im unmittelbaren Besitze des Vertretenen. Mittelbarer Besitzer der Sache könnte der Vertretene nur dann werden, wenn er eine von ihm besessene Sache dem Vertreter übergibt, um sie an einen Dritten weiter zu veräußern.

Bei der Untersuchung der Frage nach dem Besitzverhältnis des Vertreters muß man sich die einzelnen Stellvertretungsfälle vergegenwärtigen. Wenn ich eine Sache durch einen Vertreter erwerben will, so kann der Vertretung ein Auftrag (Spezial- oder Generalmandat), Dienstvertrag oder Werkvertrag zugrunde liegen.

1. Beim Auftrag handelt es sich um unentgeltliche Geschäftsbesorgung, und zwar um Besorgung dieses Geschäfts (Spezialmandat) oder einer Reihe von Geschäften (Generalmandat). Hier muß man aber unterscheiden, ob der Beauftragte unselbständiger oder selbständiger Vertreter ist.

a) Unselbständige Inhabung der Sache nur wird man mit Strohal[1]) dem Soldaten im Dienst am Dienstpferde, am Trainwagen, an der von ihm bedienten Kanone, an der Regimentsfahne, die er trägt, zugestehen müssen. Aus der Natur dieses Verhältnisses ergibt sich, daß solche Personen nur unselbständige beauftragt sind, also kein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 haben.[2]) Sie sind gegenüber ihrem Auftraggeber, dem Staate, nur Detentoren, Besitzdiener, weil sie sich in einem solchen Abhängigkeitsverhältnisse befinden, daß sie den Weisungen ihrer Vorgesetzten unbedingt folge leisten müssen (§ 855).

b) Dagegen hat der selbständig Beauftragte gegenüber dem Auftraggeber wegen seiner Aufwendungen zweifellos das Zurückbehaltungsrecht (§§ 670, 273), mithin erlangt er an der für den anderen erworbenen Sache den unmittelbaren Besitz.[3])

---

[1]) Sachbesitz 7.

[2]) In der 2. Kommission Prot, III, 32 wurde hervorgehoben, daß es bei § 855 darauf ankomme, „daß demjenigen, welcher den Besitz für den anderen ausübe, ein zivilrechtlicher Anspruch auf Behalten des Besitzes, insbesondere auch ein Retentionsrecht, dem Besitzherrn gegenüber nicht zustehe".

[3]) Strohal a. a. O. 7 Note 12.

2. Beim entgeltlichen Werkvertrage, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675), ist der Vertreter ebenfalls als unmittelbarer Besitzer der erworbenen Sache zu betrachten, da auch ihm das Zurückbehaltungsrecht zusteht.

3. Beim entgeltlichen Dienstvertrage ist wiederum wie beim Auftrage zwischen unselbständigem und selbständigem Dienstvertrage zu unterscheiden.

a) Unselbständiger Dienstvertrag liegt vor, wenn es sich um Gesindedienst, Dienst im Haushalt, Erwerbsgeschäft oder ähnlichen Verhältnisse (§ 855) handelt. Weil hier der Dienstverpflichtete den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Dienstherrn unbedingt Folge leisten muß, so ergibt sich, daß er dem Dienstherrn gegenüber nach der Natur dieses Schuldverhältnisses kein Zurückbehaltungsrecht hat (§ 273). Daraus folgt weiter, daß der Dienstverpflichtete dem Dienstherrn gegenüber nur Detentor, Besitzdiener ist.

b) Liegt ein selbständiger Dienstvertrag vor, der nicht unter a fällt, z. B. eine Prokura, so hat der Dienstverpflichtete gegenüber dem Dienstherrn das Zurückbehaltungsrecht, mithin erlangt er an der für den Herrn erworbenen Sache den unmittelbaren Besitz. In den Fällen zu 1 b, 2, 3 b erwirbt der Vertreter nach außen und gegenüber dem Geschäftsherrn unmittelbaren Besitz. Daneben erwirbt gleichzeitig der Geschäftsherr im Verhältnis zu dritten Personen zusammen mit dem Vertreter gemeinschaftlichen unmittelbaren Besitz pro indiviso nach § 866 in der Weise, daß der Geschäftsherr unmittelbarer Eigenbesitzer, der Vertreter unmittelbarer lediglicher Besitzer (prokuratorischer Besitzer) wird. Es entsteht unmittelbarer Besitz zur gesamten Hand.[1]) Nach außen hat jeder von beiden gemäß § 866 den vollen Besitzschutz, nach innen findet aber zwischen beiden insoweit kein Besitzesschutz statt, als das Zurückbehaltungsrecht des Vertreters entgegensteht.[2]) Der Vertretene erwirbt nach außen unmittelbaren Besitz mit dem Besitzerwerb des Vertreters ohne reale Übergabe, weil der Besitz für ihn frei[3]) ist, d. h. der Vertretene hat kraft des kausalen Vertretungsverhältnisses nach außen sofort die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit (§ 854 Abs. 2).

In den Fällen zu 1 a und 3 a (unselbständiger Auftrag und Dienstvertrag) ist der Vertreter gegenüber dem Geschäftsherrn nur Besitzdiener, nicht Besitzer. Die herrschende Meinung nimmt nun auf Grund des § 855 an, daß der Vertreter nicht bloß im

---

[1]) Gierke, PrivR. II, 221, 222 § 114.
[2]) Neumann, Komm. zu § 866 Note 3a u. b.
[3]) Strohal, Sachbesitz 88.

Innenverhältnisse, sondern auch nach außen, gegenüber dritten Personen, Besitzdiener sei.[1]) Aber Isay hat gegen die herrschende Meinung u. E. überzeugend in längeren Ausführungen dargetan, daß der Besitzdiener im Falle des § 855 Dritten gegenüber possessorischen, wenn auch nicht petitorischen Schutz seiner tatsächlichen Gewaltausübung habe.[2]) Diese Auslegung begründet er mit Recht mit dem praktischen Bedürfnisse. Die Schleunigkeit des Besitzschutzes gegen dritte Eigenmächtige wird in der Tat aufgehoben, wenn der Richter die schwierige Frage austüfteln soll, ob der Kläger Besitzer oder Besitzdiener ist. Die mehr oder minder spintisierende Erörterung der Frage, ob Besitzdienerschaft oder wirklicher Besitz vorliegt, hat nur dann praktischen Wert, wenn es sich um einen Streit zwischen Geschäftsherrn und Vertreter handelt; diese Frage aber in einen Streit zwischen Vertreter und dritten Eigenmächtigem hineinmischen, hieße eine legislativ verkehrte exceptio de jure tertii schaffen, die das Institut des possessorischen Schutzes als des Schutzes der tatsächlichen Gewaltausübung geradezu auf den Kopf stellt.[3]) Wenn die Sache dem sie tatsächlich innehabenden Vertreter von einem Dritten eigenmächtig weggenommen wird, so ist dieser Dritte gegenüber dem Vertreter der schlechter Berechtigte, er hat possessio vitiosa ab altero. Es verstößt mithin gegen die Relativität des possessorischen Schutzes, wenn man ihm den Einwand verstattet, der Vertreter sei nicht der rechte Kläger, weil ein anderer Besitzer sei. Durch einen solchen Einwand bekommt der possessorische Prozeß eine stark petitorische Beifärbung. Gerade die herrschende Meinung hat es verschuldet, daß der possessorische Prozeß in der Praxis zu den Seltenheiten gehört, ja geradezu in Verruf gekommen ist, weil im Streite des Vertretenen mit dem eigenmächtigen Dritten immer das Damoklesschwert der Besitzdienerschaft über dem Haupte des Klägers schwebt. In Anwaltskreisen geht man deshalb in solchen Fällen der Besitzklage ängstlich aus dem Wege; man greift zu ihr nur, wenn keine andere Mittel zu Gebote stehen. Der im Leben stehende Praktiker kann es nur bedauern, daß die Kommission

[1]) Strohal, Sachbesitz 51 behauptet, daß der Detentor ein selbständiges Abwehr- und Wiederbemächtigungsrecht nicht habe; § 860 gestatte ihm lediglich die Ausübung von Rechten, die nicht ihm, sondern dem Besitzer zukommen.

[2]) Isay 278 ff.; insbesondere 292 führt aus, daß der Sinn des § 855 der sei, daß Herr und Besitzdiener nach außen, nach innen aber nur der Herr Besitz hätten. Wenn § 855 sage, nur der Herr sei Besitzer, so sei zu ergänzen, „im Verhältnisse beider zueinander". § 855 charakterisiere sich als lex specialis gegenüber der lex generalis des § 868.

[3]) vgl. Isay 288.

für die 2. Lesung bei Schaffung des § 855 den Vorschlägen des preuß. Justizministeriums gefolgt ist. Schon in der Kommissionsberatung wurde erwogen: „Allerdings ermögliche es der § 797a (jetzt § 855), weil er auf das Rechtsverhältnis abstelle, in welchem sich der Inhaber zum Besitzherrn befinde, in den Besitzprozeß die Rechtsfrage hineinzuziehen, wodurch vielleicht eine Verschleppung des Verfahrens bewirkt werde. Indessen bietet andrerseits diese Regelung den großen Gewinn, daß sie ein einfaches und regelmäßig leicht und sicher festzustellendes Kriterium schaffe.“ [1]) Der „große Gewinn“ ist ausgeblieben. Die Möglichkeit, in den Besitzprozeß die Rechtsfrage hineinzuziehen und auf diese Weise das Verfahren zu verschleppen, hat den instruierenden Anwälten den „schleunigen“ Besitzprozeß verleidet; er ist in der Prozeßstatistik nur mit einer niedrigen Ziffer beteiligt. § 855 war vollkommen entbehrlich. Das Bedürfnis ist nämlich durch den gemeinschaftlichen Besitz des § 866 völlig gedeckt. Denn steht der Vertreter gegenüber dem Geschäftsherrn in einem unselbständigem Verhältnisse, so hat jener gegen diesen nach § 866 keinen Besitzschutz, weil so weit die Grenzen des dem Vertreter zustehenden Gebrauchs nicht reichen. Gegenüber dritten Personen hat natürlich der Vertreter ebenso wie der Geschäftsherr gemäß § 866 die volle Rechtsstellung des unmittelbaren Besitzers. Läßt sich also das Verhältnis des unselbständig Beauftragten und unselbständig Dienstverpflichteten völlig als Tatbestand des § 866 konstuieren, so ist damit die Ohnmacht der Besitzdienerschaft gegen dritte Eigenmächtige (§ 855) praktisch behoben. Wer aber einerseits über § 855 nicht ganz hinwegkommen kann, andrerseits sich aber den erwähnten praktischen Bedenken nicht verschließen will, der greife getrost zu der einschränkenden Interpretation, welche Isay mit § 855 vorgenommen hat. Er führt mit Recht aus [2]): Wenn das Gesetz sage, nur der Herr sei Besitzer, so sei zu ergänzen, „im Verhältnisse beider zueinander“. Auch der Besitzdiener habe im Falle des § 855 Dritten gegenüber, insoweit es sich um den Schutz, die rechtliche Anerkennung seiner tatsächlichen Gewaltausübung handle, Besitz; nicht dagegen gegenüber dem Herrn. Wir fassen dann den § 866 als lex generalis und dieser gegenüber den § 855 als lex specialis auf, d. h. das im § 866 allgemeiner geregelte Innenverhältnis der gemeinschaftlichen Besitzer wird im § 855 an der Hand eines besonderen Tatbestandes, nämlich des Abhängigkeitsverhältnisses des einen ge-

[1]) Prot. III, 32.
[2]) Isay 291—297.

meinschaftlichen Besitzers zum anderen, speziell geregelt. § 855 ist also ein Unterfall oder eine nähere Erläuterung von § 866.

Wir gelangen nach alledem zu dem Ergebnis, daß der Geschäftsherr und Vertreter beide nach außen die volle possessorische Rechtsstellung des unmittelbaren Besitzers haben.[1]) Der Besitz des Vertreters hat aber nur possessorische, dagegen der des Geschäftsherrn possessorische und petitorische Wirkung, der Geschäftsherr hat unmittelbaren Eigenbesitz,[2]) der Vertreter nur schlechthin unmittelbaren Besitz (lediglichen Besitz). Nach innen ist der Vertreter gegenüber dem Geschäftsherrn je nach Lage des Falles Besitzdiener oder selbständiger Besitzer. Unsere Konstruktion entspricht auch deutschrechtlichen Ideen, von denen, wie wohl im allgemeinen zugegeben wird, ein gut Teil im Besitze des Bürgerlichen Gesetzbuchs steckt. Die Gewere ist nach Gierkes lichtvollen Ausführungen der äußere Schein der Sachherrschaft, hinter dem das wahre Recht an der Sache stehen kann, aber nicht braucht. Schein und Wirklichkeit des Rechts an der Sache können sich decken, können aber auch auseinanderfallen. Wer den Schein der Sachherrschaft äußerlich betätigt, z. B. durch tatsächliche Beherrschung der Sache, siegt rein formal gegenüber dem schlechter Berechtigten, mag ihm selbst das Eigentum oder sonstige Recht an der Sache in Wirklichkeit nicht zustehen. Er unterliegt nur dem besser Berechtigten, sei es, daß dieser die rechte oder eine sonstwie bessere Gewere hat.[3]) So auch siegt der Vertreter gemäß § 866 als rein formaler Besitzer im Besitzprozesse gegen den ihm gegenüber eigenmächtigen Dritten als schlechter Berechtigten, dagegen nicht gegen den Geschäftsherrn als unmittelbaren Eigenbesitzer,

---

[1]) Diese Ansicht ist hier zum ersten Male auf § 866 gestützt worden. Auch Isay deutet S. 292 an, daß sowohl Herr wie Vertreter nach außen Besitz hätten, wird sich aber dessen nicht bewußt, daß diese Konstruktion auf § 866 beruht. Er sieht statt im § 866 im § 868 die lex generalis, der gegenüber im § 855 die lex specialis stehe.

[2]) Daß beim gemeinschaftlichen Besitz gemäß § 866 auch nur einer Eigenbesitzer sein kann, unterliegt keinem Zweifel; vgl. Fischer-Henle Note 1 zu § 866, ferner § 1206. Isay hebt übrigens S. 298 ebenfalls hervor, daß der Gestor nach § 855 nur Besitz in rein possessorischer, nicht in petitorischer Hinsicht habe.

[3]) Es ist das große Verdienst Gierkes, den Begriff der Gewere scharf und einheitlich bestimmt zu haben. Er hat nachgewiesen, daß die germanische Gewere ein lebendiges Rechtsinstitut ist, von der im BGB. mehr enthalten ist, als es die Schöpfer des Gesetzbuches selbst geahnt haben; vgl. insbesondere Gierke, Fahrnisbesitz 1—21; Deutsches PrivR. II §§ 113, 114; ferner Huber, Bedeutung der Gewere 45ff., dessen Darlegungen von großer Bedeutung sind. Die umfangreiche Literatur ist bei Gierke, Fahrnisbesitz 2 Note 1, 3 Note 2 und Deutsches PrivR. § 113 Note 1 verzeichnet.

es sei denn, daß er diesem gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht, also ein die an sich bessere Berechtigung des Geschäftsherrn hinderndes Gegenrecht hat. Wem die F. Leonardsche Konstruktion des Rechtserwerbes an beweglichen Sachen durch Stellvertreter ohne das Bindeglied des Besitzerwerbes nicht zusagt, der nehme event. zu unserer Konstruktion des Besitzerwerbes nach § 866 seine Zuflucht.

Bestritten ist auch, ob das Bürgerliche Gesetzbuch außer der offenen Stellvertretung noch die verdeckte direkte kennt. Dieser Streit kann hier nicht geschlichtet werden, weil das zu weit abseits führen würde.[1]) Hält man die verdeckte direkte Stellvertretung für zulässig, so steht nichts im Wege, unsere Konstruktion des gemeinschaftlichen Besitzerwerbes nach § 866 auf das Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Vertreter und gegenüber dritten Personen entsprechend anzuwenden.

Der Geschäftsherr erlangt also mit dem Besitzerwerbe des Vertreters unmittelbaren gemeinschaftlichen, nicht aber mittelbaren Besitz. Trotzdem ist es aber im konkreten Falle nicht ausgeschlossen, daß der Geschäftsherr mittelbaren Besitz erwirbt, z. B. der Vertreter behält die erworbene Sache zur Leihe oder Miete. Dann muß aber allemal ein von dem Rechtsgrunde der Vertretung unabhängiges, besonderes Rechtsverhältnis vorher, gleichzeitig oder nacher vereinbart worden sein, auf Grund dessen, wenn hin-, wieder zurückgegeben worden wäre. Liegt eine solche besondere causa detentionis vor, auf Grund deren, wenn hin-, wieder zurückgegeben worden wäre, dann verwandelt sich der unmittelbare gemeinschaftliche Eigenbesitz des Geschäftsherrn in mittelbaren. Auch wenn die fragliche Doppelabrede vor dem Besitzerwerbe des Mittlers von diesem und dem Geschäftsherrn getroffen worden ist, ruft sie in dem Augenblicke, in dem der Mittler den unmittelbaren Besitz erwirbt, beim Geschäftsherrn mittelbaren Besitz hervor,[2]) ohne daß die Doppelabrede nochmals wiederholt zu werden braucht. F. Leonhard hält die Wiederholung deshalb für nötig, weil nach ihm

---

[1]) Der Streit dreht sich um die Auslegung des § 164, insbesondere des Abs. 2. Vgl. Eck, Vorträge 1902, 179; Planck zu § 164 Abs. 2; Neumann zu § 164 III, 3; F. Leonhard, Fahrniserwerb 12ff.; Cosack, Lehrb. 1. Aufl. 217; Kniep, Besitz 230; R. Leonhard, Allgem. Teil 367, 368 Note 2; Isay, Geschäftsführung 323ff.; Przibilla, Erwerb d. m. B. d. Stellvertreter 332, insbesondere 335, woselbst in Note 1 die zahlreiche Literatur angegeben ist. Weitere Literatur sowie Praxis ist verzeichnet im JDR. I zu § 164 Ziff. 5—8; JDR. II zu § 164 Ziff. 4b; JDR. III zu § 164 Ziff. 2b; JDR. IV zu § 164 Ziff. 5.

[2]) So OLG. Breslau, R. 02 589 Nr. 2682; JDR. I zu § 930 Ziff. 6; F. Leonhard, Fahrniserwerb 46, 95.

der Mittler zunächst den unmittelbaren Besitz für sich allein erwerbe; damit ihn auch der Geschäftsherr erwerbe, sei eine zweite Übertragung vom Mittler auf den Geschäftsherrn erforderlich. Beim constitutum possessorium müsse der Veräußerer nach römischgemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zur Zeit der Einigung selbst Besitzer sein. Dies liege aber hier nicht vor. Wendet man jedoch unsere Konstruktion an, wonach der Geschäftsherr mit dem Unmittelbarbesitzerwerb des Vertreters ebenfalls sofort gemeinschaftlichen unmittelbaren Besitz gemäß § 866 erlangt, so ergibt sich also, daß dann der Geschäftsherr als Konstituent Besitz hat, mithin also das Bedenken F. Leonhards entfällt. Abgesehen davon ist es auch nicht richtig, daß nach gemeinem Recht beim constitutum possessorium der Veräußerer zur Zeit der Einigung schon tatsächlicher Besitzer der Sache ist. Es genügt nämlich auch, wenn der bisherige Besitzer die Detention, also die physische Herrschaft durch einen anderen ausüben läßt (arg. l. 30 § 8 D. 41, 2). Dies liegt auch den von F. Leonhard angezogenen Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 57, Bd. 26 S. 180 ff. zugrunde. In beiden wird ausdrücklich betont, daß der Besitzer, der den Besitz nicht selbst, vielmehr durch einen Detentor ausübt, voll zur Übertragung durch constitutum possessorium befugt ist. Übrigens deckt sich der römische Detentor, ausgenommen den Fall des § 855, mit dem physischen Besitzer im Sinne des § 854, der römische Besitzer, der den Besitz durch einen Detentor ausübt, mit dem mittelbaren Besitzer des § 868. — Die von F. Leonhard reprobierte „antezipierte Vereinbarung des noch nicht besitzenden Mittlers“ ist gerade für das gemeine Recht vom Reichsgericht in neuester Zeit gebilligt worden. Das Reichsgericht führt[2]) aus: „Es kommt nicht darauf an, daß der Wille des Vertreters für den Geschäftsherrn, Besitz und Eigentum zu erwerben, schon im voraus im Einverständnisse mit diesem erklärt ist, ehe überhaupt er selbst Besitz und Eigentum an den ihm zu übergebenden Sachen durch die Übergabe erworben, daß also diese Übergabe erst später stattgefunden hat.“

Was die Abrede des besonderen Rechtsverhältnisses anbetrifft, durch die der Mittler dem Geschäftsherrn den mittelbaren Besitz verschafft, so ist es klar, daß sie ausdrücklich geschehen sein muß, wenn der Mittler die erworbene Sache als Mieter, Nießbraucher, Pfandgläubiger, überhaupt in seinem Interesse auf Zeit behalten will. Ohne ausdrückliche Vereinbarung mit dem Geschäftsherrn darf er ein solches besonderes, von dem Rechts-

[2]) RG. JurW. 1903 129 Nr. 19; JDR. II zu § 930 Ziff. 3.

grunde der Vertretung unabhängiges Rechtsverhältnis mit sich selbst im Namen des Geschäftsherrn nicht vereinbaren, weil das nicht in den Rahmen seiner Vertretungsbefugnis fällt, vielmehr ein nach § 181 unzulässiges Selbstkontrahieren ist. Will aber der Mittler die ihm übergebene Sache bis zur Übergabe an den Geschäftsherrn einstweilen für diesen in Verwahrung und Gewahrsam halten, so wird man auch ohne besondere dahingehende Vereinbarung annehmen, daß dieser Entschluß des Mittlers, die Sache für den Geschäftsherrn zu verwahren, dessen mutmaßlichem Willen entspreche, also auf einer stillschweigenden Ermächtigung des Geschäftsherrn beruhe.[1]) Eine solche mit sich selbst getroffene Verwahrungsabrede ist aber ein erlaubtes Selbstkontrahieren, infolgedessen der Geschäftsher als Deponent und mithin gemäß § 930 als mittelbarer Besitzer gilt.

§ 5.

B. Die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist ein Unterfall der Stellvertretung. Die Mot. III S. 89 überlassen die Beantwortung der „subtilen" Frage, ob beim Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht die im Falle der Genehmigung stattfindende Rückziehung auch für den Besitz der Zwischenzeit Geltung habe, der Wissenschaft und Praxis. Auch hier ist § 866 anzuwenden. Der Geschäftsführer erwirbt gleich wie der gewöhnliche Stellvertreter für sich und den Geschäftsherrn gemeinschaftlichen unmittelbaren Besitz. Solange der Geschäftsherr den Erwerb des Geschäftsführers nicht genehmigt hat, ist auch der Besitzerwerb des Herrn noch in der Schwebe (§ 177), auch kann der Dritte bis dahin widerrufen (§ 178). Hat aber der Geschäftsherr genehmigt, so tritt gemäß § 184 Abs. 1 Rückwirkung ein. Wer allerdings im Besitz bloß ein rein tatsächliches Verhältnis einer Person zu einer Sache sieht, der muß die Rückwirkung leugnen. Der Streit nun, ob der Besitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ein Recht oder bloßes Faktum ist, kann nicht im Rahmen dieser Arbeit ausgetragen werden.[2]) Jedenfalls geben

---

[1]) Für das preuß. R. hat das RG. 24, 220, 28, 228 betont, daß der Vertreter in der Regel nicht befugt sei, seine Vertretungsmacht im eigenen Interesse und im Widerstreite mit dem Interesse des Geschäftsführers auszuüben. Die besondere Ermächtigung zum Selbstkontrahieren kann allerdings, wenn die Umstände dies ergeben, auch stillschweigend erteilt sein (RG. 51, 427; Neumann, Komm. zu § 181 I, 1b.). Die Ermächtigung zur Verwahrung ist als stillschweigend erteilt anzusehen, da sie ausschließlich dem Interesse des Geschäftsherrn dient.

[2]) Schon im gemeinen Recht stritt man lebhaft über die Natur des Besitzes. v. Savigny, Recht des Besitzes § 5 S. 5ff. erklärte den Besitz

diejenigen zu, die prinzipiell die Rechtsnatur des Besitzes verneinen, daß sich an das Faktum des Besitzes Rechtswirkungen knüpfen, daß der Besitz, obwohl kein Recht, doch eine Rechtsposition darstelle.[1]) Auch nach dieser Ansicht steht nichts im Wege, hier mit der Genehmigung des Geschäftsherrn die Rechtsposition des gemeinschaftlichen unmittelbaren Besitzerwerbes zurückzudatieren.[2]) Denn die sogen. Rechtsposition des Besitzes ist doch nur etwas rein Rechtliches, in der juristischen Abstraktion Liegendes, nichts Körperliches.

Unter Umständen kann sich der gemeinschaftliche unmittelbare Besitz des Geschäftsherrn in mittelbaren verwandeln, z. B. wenn der Geschäftsführer ohne Auftrag die erworbene Sache zur Leihe oder Miete behält. Es liegt dann hier, wie im Falle zu A, ein von dem Rechtsgrunde der Geschäftsführung ohne Auftrag unabhängiges konkretes Rechtsverhältnis vor. Eine solche besondere Vereinbarung, auf Grund deren, wenn hin-, wieder zurückgegeben worden wäre, kann naturgemäß zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn frühestens erst im Augenblicke der Ratihabition getroffen werden. Vorher könnte man sich eine solche Vereinbarung nur so ausdenken, daß der Geschäftsführer beim Erwerbe der Sache nunmehr mit sich selbst namens des Geschäftsherrn verabredet, daß er die Sache fortan als Mieter oder Leiher behalten wolle. Das ist aber ein nach § 181 unzulässiges Selbstkontrahieren, weil er zu diesem besondern Rechtsgeschäft im eigenen Interesse weder vorher ermächtigt noch eine solche Abrede sich als Erfüllung einer Verbindlichkeit charakterisiert. Will aber der auftragslose Geschäftsführer die Sache bis zur Ratihabition und Übergabe an den Geschäftsherrn lediglich für diesen verwahren, also nicht im eigenen Interesse innehaben, so entspricht dies dem vermutlichen Willen des Geschäftsherrn, der auf Verwahrung gerichtete Willensakt des Geschäftsführers beruht dann auf einer stillschweigenden Ermächtigung des Geschäftsherrn und stellt somit ein nach § 181 gültiges Selbstkontrahieren dar, wodurch in der Person des

---

als Recht und Faktum zugleich, Windscheid z. B. — vgl. Windscheid-Kipp I § 148 — lehrte, der Besitz sei kein Recht, habe aber rechtliche Folgen. Bekker, Recht des Besitzes § 4 S. 25 ff. sieht z. B. im Besitz ein Recht. Nach den Mot. III, 111, 78 und Prot. V, 650 ist der Besitz zwar kein Recht, gewähre aber eine Rechtsposition. Für die Rechtsnatur: Bartels, Ausführungen 648 ff., Kniep, Besitz 6.

[1]) Z. B. Dernburg, Bürgerl. R. III § 11 S. 43; Staudinger, Komm. Vorbemerk VII.

[2]) A. M. Planck, Neumann, Komm. zu § 181; Cosack, Bürgerl. R. I § 68; Przibilla, Diss. Erwerb und Verlust d. m. B. 83 ff., Erwerb d. m. B. d. Stellvertreter 37].

Geschäftsherrn gemäß § 930 mittelbarer Besitz hervorgerufen wird, und zwar mit Rückwirkung vom Moment der Genehmigung.[1])

III. Weitere Fälle.

§ 6.

1. Der Besitz bei der Einkaufskommission.

§ 397 HGB. spricht von einem „Besitz" des Kommissionärs. Hier soll nur die Einkaufskommission betrachtet werden. Es fragt sich: Ist der Kommittent gegenüber dem Kommissionär mittelbarer Besitzer? Nach § 383 HGB. handelt der Kommissionär im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung. Hieran knüpft sich die bereits nach früherem Recht viel erörterte Streitfrage, ob der Kommissionär Stellvertreter des Kommittenten oder Selbstkontrahent ist, mit anderen Worten, ob der Kommissionär dem Kommittenten direkt erwirbt oder ob eine besondere Übertragung vom Kommissionär auf den Kommittenten erforderlich ist.[2]) Der Streit dreht sich hierbei hauptsächlich um die Auslegung des § 164 Abs. 2 BGB. Die einen nehmen nur dann direkte Wirkung der Vertretung an, wenn der Mittler offen als solcher aufgetreten ist, die anderen erkennen die unmittelbare Wirkung zwischen Geschäftsherrn und Dritten auch bei verdeckter Vertretung an. Es ist also dieselbe Streitfrage, die wir schon oben beim Besitzerwerb durch Stellvertreter angedeutet haben, die aber nicht im Rahmen dieser Arbeit erörtert werden kann. Aber selbst angenommen, es gäbe trotz § 164 Abs. 2 eine direkte verdeckte Stellvertretung, so würde das hier in der Sache nichts ändern. Allerdings liegt der Kommission ein Dienst- oder Werkvertrag zugrunde,[3]) auch hat der Kommissionär gegenüber dem Kommittenten alle Pflichten eines Vertreters und nicht die Stellung eines Eigenhändlers, aber entscheidend ist, daß es sich bei dieser Personendreiheit kraft positiver Bestimmung des HGB. nicht um einen, sondern um zwei Umsätze handelt.[4]) Daß rechtlich und steuertechnisch zwei Umsätze in Frage kommen, ergibt sich u. E. unzweifel-

[1]) vgl. RG. **63**, 18, **52**, 132.

[2]) Cosack, Handelsrecht § 43 S. 229; RG. **11**, 53; a. M. Jung, Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf 29, der den direkten Erwerb des Kommittenten behauptet. Vgl. ferner Langen, Eigentumserwerb und -verlust bei Kommissionsgeschäften 24—31, 98—104, 34—37, 97 Nr. 2.

[3]) Für Dienstvertrag: Die Denkschrift z. HGB. 232; Staub Anm. 18 zu § 383; für Dienst- oder Werkvertrag: RG. **53**, 363; JurW. **1903**, 160, lediglich für Dienstvertrag RG. in JurW. **1905**, 20; vgl. JDR. III. zu § 383 Ziff. 2.

[4]) Jung a. a. O. führt aus, trotz der Dreiheit der Personen handle es sich hier wirtschaftlich nur um einen Umsatz.

haft aus § 392 HGB., wonach der Kommittent Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen kann. Nur im Konkurse oder bei Zahlungsunfähigkeit des Kommissionärs hat der Kommittent auch ohne Abtretung gegenüber anderen Gläubigern des Kommissionärs ausnahmsweise ein Aussonderungsrecht, wenn die Forderung noch aussteht, also an den Kommissionär noch nicht erfüllt ist (§ 392 Abs. 2 HGB.).[1]) Ist aber an den Kommissionär erfüllt, so fällt das Aussonderungsrecht des Kommittenten weg. Prinzipiell kann nach § 392 Abs. 1 HGB. der Kommittent die ihm materiell zustehende Forderung gegen den dritten Kontrahenten erst nach der Abtretung geltend machen. Selbst wenn dem Schuldner bekannt ist, daß die Forderung materiell dem Kommittenten gehört, kann und darf er nicht an diesen leisten, weil hierzu ein besonderer Willensakt des Kommissionärs, nämlich die Abtretung erforderlich ist. Wäre der Kommissionär reiner Stellvertreter im Sinne des § 164 BGB., so könnte der Kommittent die ausstehende Erfüllung direkt vom dritten Schuldner ohne das Bindeglied der Abtretung durch den Kommissionär verlangen, sobald das Kommissionsverhältnis dem dritten Schuldner bekannt geworden ist. Geht also bei der Einkaufskommission das Eigentum der vom Dritten geschuldeten Waren oder Wertpapiere vor der Übergabe an den Kommissionär auf den Kommittenten erst durch die Abtretung der Forderung auf Herausgabe (§ 931 BGB.) auf diesen über, hat andererseits der Kommittent, wenn die Waren oder Wertpapiere dem Kommissionär bereits übergeben sind, gegenüber den sonstigen Gläubigern des Kommissionärs kein Aussonderungsrecht, so folgt daraus, daß sich der dingliche Erwerb des Kommittenten auf zwei Akte, zwei Umsätze gründet.

Das Eigentum an den vom Kommissionär erworbenen und ihm übergebenen Waren oder Wertpapieren geht also bei der Einkaufskommission auf den Kommittenten erst durch einen zweiten besonderen Akt über. Dieser Akt vollzieht sich nun entweder im Wege der realen Übergabe gemäß § 929 oder des constitutum possessorium gemäß § 930 BGB. Das constitutum possessorium ist aber in jeder Handlung zu erblicken, durch die der Kommissionär seinen Willen kundgibt, die Sache fortan für den Kommittenten zu besitzen.[2]) Der Wille des Kommissionärs, die Wertpapiere oder Waren von nun ab für den Kommittenten in Verwahrung zu halten, ist, wie wir oben[3]) bereits ausein-

[1]) Cosack, Handelsrecht § 43 S. 222, 223.
[2]) Prot. III, 199; Litthauer, HGB. Note eII zu § 384.
[3]) S. 26.

andergesetzt haben, auch dann geeignet, ein gültiges constitutum hervorzurufen, wenn die Ermächtigung zur Verwahrung vom Kommittenten nicht ausdrücklich vor der Kommission erklärt worden ist. Indem der Kommissionär die Waren oder Wertpapiere fortan für den Kommittenten bis zur Aushändigung zu verwahren beschließt, nimmt er mit sich selbst im Namen des Kommittenten ein gültiges constitutum possessorium vor, das nach § 181 gültig ist, weil die einstweilige Verwahrung auf eine stillschweigend erteilte Ermächtigung des Kommittenten zurückzuführen ist.[1])

Es fragt sich nur, wann das constitutum possessorium vollzogen ist und damit zugleich der Kommittent den Mittelbarbesitz und Eigentum gemäß § 930 erworben hat. Nach § 7 des in Kraft gebliebenen Reichsgesetzes vom 5. 7. 1896 betreffend die Pflichten der Kaufleute geht bei Wertpapieren spätestens mit der Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den darin verzeichneten Papieren auf den Kommittenten über, soweit nicht schon nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts das Eigentum früher übergeht. Nach BGB. wird sich nun der Mittelbarbesitzerwerb und damit der Eigentumsübergang in dem Augenblicke vollziehen, in dem der Kommissionär die angeschafften Wertpapiere zugunsten des Kommittenten spezialisiert d. h. für ihn bucht[2]) oder erkennbar für ihn abgesondert verwahrt. Auch in dem bloßen Buchen mit Angabe der einzelnen Stücke ist schon eine mit einstweiliger Verwahrung kombinierte Übertragung, also ein constitutum possessorium zu erblicken. Das eben Gesagte gilt entsprechend von der Warenkommission.

§ 7.

2. Der Besitz des Gerichtsvollziehers.

Der Fall des § 883 ZPO. Hat der Schuldner eine bewegliche Sache oder von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität herauszugeben, so sind sie ihm von dem Gerichtsvollzieher wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben. Nach der bekannten Plenarentscheidung des Reichsgerichts Bd. 16 S. 396 nimmt der Gerichtsvollzieher gegenüber derjenigen Partei, für welche er handelt, eine doppelte Rechtsstellung ein, nämlich die des Staatsbeamten und die des privatrechtlichen Vertreters.

---

[1]) s. oben S. 26, Przibilla, Erwerb d. m. Besitzes d. Stellvertreter 338, insbesondere daselbst Note 6 und 344 Note 4, woselbst er richtig bemerkt, daß der Einkaufskommissionär schon nach § 181 zum Selbstkontrahieren berechtigt sei.

[2]) Prot. III, 200.

In dem Augenblicke, wo der Gerichtsvollzieher die Sache dem Schuldner weggenommen hat, ist der Gläubiger als mittelbarer Besitzer bis zur Aushändigung zu betrachten.[1]) Denn bis zur Aushändigung hält der Gerichtsvollzieher die Sache für den Gläubiger in Verwahrung. Die Wegnahme für den Gläubiger wird in der Praxis in den Dienstakten vermerkt. Der Verwahrungsvertrag ist auch hier wiedernm dadurch zustande gekommen, daß er ihn kraft stillschweigender Ermächtignng des Gläubigers in dessen Namen mit sich selbst abgeschlossen hat. Dieses Verwahrungskonstitut ist rein privatrechtlicher Natur, die sich aus der einen privatrechtlichen Seite des Vertretungsverhältnisses des Gerichtsvollziehers ergibt.

Der Fall des § 808 Abs. 1 ZPO. Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird nämlich dadurch bewirkt, daß sie der Gerichtsvollzieher in Besitz nimmt. Hier aber erwirbt der Gläubiger an ihnen mit dem Momente der Inbesitznahme keinen mittelbaren Besitz. Denn der Gläubiger kann niemals die Herausgabe, sondern nur die Befriedigung verlangen. Der Besitz des Gerichtsvollziehers charakterisiert sich hier als ein sequestrationsähnliches Verhältnis kraft öffentlichen Amtes, als öffentlichrechtliche Okkupation. Sowohl auf seiten des Gläubigers wie des Schuldners sind mittelbare Besitzbeziehungen an den gepfändeten Objekten ausgeschlossen.[2]) Dadurch, daß die ZPO. nach § 904 Abs. 1 dem Gläubiger ein gesetzliches Pfandrecht gibt, darf man sich nicht verleiten lassen, ein Besitzpfand zugunsten des Gläubigers anzunehmen. Die Zivilprozeßordnung spricht auch vorsichtigerweise nicht von einem Besitzpfande, sondern stellt es wohlweislich nur den Wirkungen eines Faustpfandes gleich.[3])

Der Fall des § 808 Abs. 2 ZPO. Hiernach kann der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen. Der Schuldner ist hier reiner Besitzdiener des Gerichtsvollziehers, weil er sich in vollständiger Abhängigkeit hinsichtlich der tatsächlichen einstweiligen Herrschaft befindet; die Sachen sind ihm vom Gerichtsvollzieher gewisser-

---

[1]) So Kniep, Besitz 143.

[2]) A. M. Bartels, Ausführungen 671 ff., OLG. Jena 2, 267; Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. § 808 IV; Petersen-Anger, Komm. z. § 808 ZPO. Anm. 7; Schenk, Besitz des Gerichtsvollziehers 49; Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 43, 54, faßt hier den Gerichtsvollzieher als Besitzdiener des Staates, nicht des Gläubigers auf.

[3]) Rehbein, Entsch. d. Obertribunals 2. Aufl. Bd. 1 Anm. zu Nr. 140, VII. Titel ALR. 700, 701.

maßen auf Gnade und Ungnade im Gewahrsam belassen.[1]) Richtig ist allerdings, daß die jederzeitige Widerruflichkeit kein spezifisches Merkmal der Detention ist,[2]) sie liegt vielmehr in der Regel auch dem Depot zugrunde, das doch nach § 868 BGB. mittelbaren Besitz begründet. Der Verwahrer hat aber wegen seiner Gegenansprüche gegenüber dem Hinterleger das Zurückbehaltungsrecht, während dies hier der Schuldner gegenüber dem Gerichtsvollzieher unzweifelhaft nicht hat. Die Sachen werden hier den Schuldner nur deshalb im Gewahrsam belassen, um die Kosten der einstweiligen anderweitigen Verwahrung (z. B. in der Pfandkammer) zu sparen. Der Gläubiger erwirbt hier aus dem gleichen Grunde, wie vorhin zu § 808 Abs. 1 ZPO. dargelegt ist, keinen mittelbaren Besitz, weil er keinen Anspruch auf Herausgabe der gepfändeten Sachen, sondern nur den Anspruch auf Befriedigung daraus hat, andererseits auch hier der Gerichtsvollzieher alleiniger Besitzer als öffentlichrechtlicher Sequestrator oder Okkupant aufzufassen ist.

Das gleiche gilt von dem Falle des § 808 Abs. 3 ZPO.

§ 8.

3. Der Besitz des Verkäufers vor der Übergabe der verkauften Sache.

Durch den bloßen Abschluß des obligatorischen Vertrages wird der Käufer nicht mittelbarer Besitzer der ihm noch nicht übergebenen Kaufsache, es sei denn, daß zwischen ihm und Verkäufer eine besondere auf einstweilige Verwahrung gerichtete Abrede getroffen worden ist. Denn an sich ist der Verkäufer auf Grund des Kaufes bis zur Übergabe zur Verwahrung verpflichtet. Ein Verwahrungskonstitut wird man dann annehmen müssen, wenn der Käufer ein spezielles Interesse hat, daß die Sache noch einstweilen in der Verwahrung des Verkäufers verbleibe, und zwar genügt dann auch ein kurzes Verwahrungsinteresse des Käufers. Wenn der Käufer sich in einem Hutladen eine passende Kopfbedeckung ausgesucht hat und er darauf erklärt, er nehme den Hut, Verkäufer solle ihn einstweilen aufheben, der Hut werde nachmittags abgeholt werden,

[1]) Zweifelnd drückt sich Gaupp-Stein, Komm. zu § 808 IV aus: „Ob der Schuldner zugleich durch Abs. 2 ein Recht auf den Besitz hat kann offen bleiben." U. M. ist auch Schenk a. a. O. 52. Mothes, Beschlagnahme 101, 102 meint, daß, wenn der Gerichtsvollzieher das Pfand im Gewahrsam des Schuldners belasse, dieser Besitzdiener und gleichzeitig mittelbarer Besitzer zweiten Grades sei. Gaupp-Stein IV zu § 808 betrachtet hier den Gläubiger als mittelbaren Besitzer zweiten Grades.

[2]) Dies verkennen z. B. Bartels, Ausführungen 672 und Schollmeyer, Komm. zu § 268 BGB.

so ist anzunehmen, daß, wenn mir der Verkäufer den Hut in diesem Augenblicke übergeben hätte, ich ihm den Hut behufs einstweiliger Verwahrung bis zur Abholung zurückgegeben hätte. Der Käufer kann ja verschiedene triftige Gründe haben, sich nicht mit einem Paket auf der Straße zu zeigen, mag auch sein Interesse an der Verwahrung nur von minutenlanger Dauer sein.

Ist der Kaufpreis bezahlt, so wird man den Käufer bis zur Übergabe als mittelbaren Besitzer auf Grund eines Verwahrungskonstituts auffassen müssen.[1]) Denn dann hat der Verkäufer kein Zurückbehaltungsrecht, kein eigenes Interesse mehr an der Innehabung der verkauften Sache; seine Berechtigung und Verpflichtung zur Verwahrung gründet sich nicht mehr auf die custodia des Verkäufers, sondern auf den stillschweigend abgeschlossenen Verwahrungsvertrag, dessen Rechtsgültigkeit auf § 181 beruht, wie wir oben bereits dargelegt haben.

§ 9.

4. Der Besitz des Werkunternehmers, Frachtführers und Lagerhalters.

Von dem „Besitz" des Unternehmers spricht § 647 BGB., des Frachtführers § 440 HGB., des Lagerhalters § 421 HGB. Der Besteller ist auf Grund des Werkvertrages gegenüber dem Unternehmer mittelbarer Besitzer, wenn er ihm eine Sache zur Veränderung (§ 631) übergeben hat. Mittelbarer Besitzer ist auch der Einlagerer gegenüber dem Lagerhalter; desgleichen der Absender gegenüber dem Frachtführer. Dasselbe gilt entsprechend von der Seefracht (§§ 556 ff. HGB.). Denn in allen diesen Fällen liegt vor, daß der jetzt unmittelbar besitzende Besitzmittler die Sache von dem früher unmittelbar besitzenden Mittelbarbesitzer auf Grund eines obligatorischen Vertrages erhalten hat.

Fassen wir das bisher Gesagte zusammen, so ergibt sich als Resultat folgendes: Erstes Erfordernis des mittelbaren Besitzes ist das der Besitznachfolge des Besitzmittlers. Als Besitznachfolge gilt es auch, wenn ein Rechtsverhältnis vorliegt, auf Grund dessen, wenn hingegeben, wieder zurückgegeben worden wäre.

[1]) Kohler, Vertrag und Übergabe, im Arch. f. bürgerl. R. **18**, 74 ff. führt richtig aus: „Ein das constitutum possessorium ermöglichender Verwahrungsvertrag wird stets dann vorliegen, wenn die Absicht der Parteien dahin geht, daß das Interesse der Sache von nun an völlig auf seiten des Käufers oder Erwerbers liegen und die Betätigung des bisherigen Eigentümers nicht mehr eine egoistische, sondern lediglich eine altruistische, lediglich eine Tätigkeit im Interesse des Käufers sein soll. Beim Verwahrer sei immer ein Konstitut anzunehmen."

Zweites Kapitel.

Zweites Merkmal: Erfordernis des obligatorischen Vertrages zwischen Mittelbarbesitzer und Besitzmittler.

§ 10.

1. Ausschluß der Besitzer kraft Gesetzes oder Amtes.

Dem dinglichen Vertrage der Übergabe oder dem sie ersetzenden constitutum possessorium muß ferner eine obligatorische causa zugrunde liegen. Dies trifft in den von § 868 aufgeführten Fällen zu. Bei der Begründung des mittelbaren Besitzes nach § 930 liegt sogar eine doppelte obligatorische causa vor. Streitig ist aber die Frage, ob ein Besitzvermittlungsverhältnis auch dann angenommen werden kann, wenn sich jemand in den Besitz einer Sache kraft Gesetzes oder öffentlichen Amtes setzt oder den Besitz ausübt. Solche Fälle sind die Sachherrschaft des Ehemannes, Vaters, Vormundes, Konkursverwalters, Zwangsverwalters, Nachlaßverwalters, Güterpflegers, Testamentsvollstreckers,[1]) der gesetzlichen Vertreter juristischer Personen,

[1]) Wendt, mittelbarer Besitz S. 61 will § 868 auch beim Testamentsvollstrecker, Vormund und Pfleger anwenden, desgl. Dernburg, Sachenr. § 14 Ziff. 6 auch beim gerichtlich bestellten Verwalter, Konkursverwalter usw., ebenso F. Leonhard, Fahrniserwerb S. 62; Cosack, Bürgerl. R. II § 185 VI, 2d und teilweise auch Strohal, Sachbesitz S. 16 halten sie bloß für Besitzdiener. Manche betrachten den den Besitz der Verbandsperson zur Erscheinung bringenden Vorsteher oder Beamten als Besitzvermittler gemäß § 868; so Planck, Komm. zu § 868; Staudinger-Kober, Komm. zu § 868 IV, 3; andere wiederum als Besitzdiener, so Dernburg, Sachenr. § 14 Nr. 6; Cosack § 185; Staudinger-Kober, Komm. zu § 868 IV, 3. Eine eigentümliche Ansicht hat Förtsch bei Gruchot **43**, 545: Alle gesetzlichen Vertreter seien regelmäßig weder selbst Besitzer noch Besitzdiener, vielmehr betätigten sie lediglich den Besitz der vertretenen Personen, welche

ferner derjenigen Personen, welche ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht oder Pfandrecht ausüben, weiter des Vorerben u. a. Für die Bejahung dieser Frage scheint das praktische Bedürfnis zu sprechen. Den von den §§ 868, 930 aufgezählten Fällen liegen aber allemal nur obligatorische Rechtsverhältnisse zugrunde, und es ist daher die Erweiterung des mittelbaren Besitzes auf die sich einseitig ex lege gründende Sachherrschaft ausgeschlossen. Diese Personen (Ehemann, Vater, Vormund usw.) setzen sich nicht kraft einer Vereinbarung in den Besitz, vielmehr kraft einseitiger Besitzergreifung ex lege oder kraft öffentlichrechtlicher Okkupation, wie z. B. der Gerichtsvollzieher. Der Wille der von dieser einseitigen Inbesitznahme Betroffenen ist hier ganz unerheblich, sie „haben nix tau seggen". Dem praktischen Bedürfnis, das für die Erweiterung des mittelbaren Besitzes auf diese Fälle zu sprechen scheint, wird in anderer Weise genügt, z. B. sind Ehemann und Vater unmittelbare Besitzer kraft eigenen Rechts in Ansehung der ihrer Verwaltung und Nutzung unterliegenden Sachen; mittelbar besitzen daneben die Ehefrau oder das Kind[1]) nicht. Sie sind aber als gemeinschaftliche Besitzer pro indiviso gemäß § 866 in der Weise zu erachten, daß nach innen in den Grenzen des ihnen zustehenden Gebrauchs insoweit kein Besitzschutz stattfindet, wohl aber nach außen gegenüber Dritten. Ehefrau und Kind sind also Eigenbesitzer, während der Ehemann und Vater bloße Besitzer sind. Daher kann der Ehemann oder Vater als doppelter Kläger auftreten, nämlich als bloßer Besitzer kraft eigenen Rechts oder namens der neben ihm im unmittelbaren Eigenbesitz stehenden Ehefrau oder Kindes. Wir haben oben diese Konstruktion des gemeinschaftlichen Besitzes pro indiviso gemäß § 866 bereits bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung durchgeführt; es steht nichts im Wege, sie hier bei der gesetzlichen Vertretung ent-

---

allein die Besitzer seien. Für die Korporationen hat sich letzterer Ansicht das Kammergericht in OLG. **5,** 148 angeschlossen. Kniep S. 50 ff. meint, daß die gesetzlichen Vertreter juristischer Personen alleinige Besitzer seien. — In der erwähnten Entscheidung spricht das Kammergericht aus, daß ein Besitzvermittlungsverhältnis nicht durch das Gesetz in Anknüpfung einer Tatsache, z. B. an das Amt, entstehen könne.

[1]) OLG. Celle **4,** 148 nimmt dagegen an, daß der Inhaber der elterlichen Gewalt unmittelbaren, des Kind mittelbaren Besitz habe JDR. I zu § 868 Ziff. 5; das LG. Leipzig, sächs. A. **12,** 760 ff. nimmt mittelbaren Besitz der Frau an dem eingebrachten Gute an; JDR. I zu § 868 Ziff. 2 c. a. E.; Ullmann jedoch — Arch. f. ziv. Prax. **92,** 306 ff. — erkennt die Frau nicht als mittelbare Besitzerin an, weil der Ehemann kraft Gesetzes zum Besitze berechtigt oder verpflichtet sei; ein Schuldverhältnis kraft Gesetzes könne niemals mittelbaren Besitz begründen. Gegen Ullmann, Oertmann, Jherings Jahrb. **44,** 214 ff.

sprechend anzuwenden.[1]) Sie lehnt sich übrigens auch an deutschrechtliche Gedanken an. Wer nämlich kraft einer Munt über die Person des Eigentümers zur Sachherrschaft berufen ist, hat eine Gewere zu rechter Vormundschaft. Daneben kann die Eigengewere des Vertretenen an der Sache gleichzeitig als gegenwärtige Sachherrschaft stehen. Bei der vormundschaftlichen Gewere des Ehemannes betätigt sich daneben die Eigengewere der Frau durch ihren Mitgenuß; Sachsensp. I., Art. 45 § 2: „durch dat he mit ir in den geweren sit". Eine ähnliche Doppelherrschaft tritt uns übrigens auch im römischen Recht bei der Dotalsache entgegen, bei der die Konstruktion der alleinigen Sachherrschaft des Ehemannes bekanntlich auf die größten Schwierigkeiten stößt, so daß manche kein Bedenken getragen haben, eine in eigenartiger Weise geregelte Doppelherrschaft des Mannes und der Frau anzunehmen.[2])

Das soeben vom Besitz des Ehemannes oder Vaters Gesagte gilt entsprechend vom Besitz des Vormundes, Konkursverwalters, Zwangsverwalters, Nachlaßverwalters, Güterpflegers, Testamentsvollstreckers, der gesetzlichen Vertreter juristischer Personen, ferner derjenigen, welche ein gesetzliches Zurückbehaltungs- oder Pfandrecht ausüben. In allen diesen Fällen haben die durch den Besitzer kraft Gesetzes oder öffentlichen Amtes ohne ihren Willen Betroffenen neben diesem Besitzer gemeinschaftlichen unmittelbaren Besitz pro indiviso gemäß § 866. Nach innen findet in ihrem Verhältnisse zueinander Besitzesschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt; nach aussen ist die volle Rechtsstellung des unmittelbaren Besitzers gegeben.

§ 11.

2. Der Besitz des Finders.

Er ist äußerst bestritten.[3]) Wendt z. B. folgerte den

---

[1]) Auch OLG. Karlsruhe, Bad. Rpr. **69,** 169 führt aus, daß die Ehegatten beide Mitbesitzer sind; vgl. JDR. **2,** 552; Note 1 zu § 930.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 18.

[3]) Wendt, Mittelb. Besitz S. 62; Bartels, Ausführungen 659; Kniep, Besitz 152 ff., 166; Irrig Staudinger-Kober, Komm. zu § 868 III Ziff. 2, der daraus, daß der Finder nach § 967 die Sache der Polizei auszuliefern berechtigt ist, folgert, daß er nicht zum Besitze verpflichtet, also auch nicht mittelbarer Besitzer sei. Denn bis zur Ablieferung ist er nach § 966 zur Verwahrung verpflichtet. Den mittelbaren Besitz des Verlierers verneinen: Gierke, Fahrnisbesitz 7 Note 15; Strohal, Sachbesitz 24; Gärtner, Schutz gegen Besitzverlust 149; F. Leonhard, Fahrniserwerb 71, 72; Schlieter, Besitz bei der Fundsache 43 ff. Für mittelbaren

mittelbaren Besitz des Verlierers neben dem unmittelbaren Besitz des Finders daraus, daß nach §§ 965, 966 der Finder die Verwahrungspflicht habe. Aber der Finder ist nicht Besitznachfolger des Verlierers; denn er hat den unmittelbaren Besitz nicht vom Verlierer ausgehändigt erhalten. Allerdings könnte man zugunsten des mittelbaren Besitzes des Verlierers anführen, der Finder habe die Absicht, die Sache bis zur Herausgabe an den Verlierer in Gewahrsam zu halten; darin liege gewissermaßen ein gemäß § 181 gültiges, stillschweigend mit sich selbst abgeschloßenes Verwahrungskonstitut. Doch die vom Finder zu prästierende custodia ist von seinem Willensentschluß vollkommen unabhängig, das Gesetz legt sie ihm einseitig, invito animo auf.

§ 12.

3. Der Besitz des Vorerben.

Allerdings ist der Vorerbe Besitznachfolger des Erblassers, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, er hat auch eine dem Nießbraucher ähnliche Stellung, aber es fehlt zwischen ihm und Erblasser das Band des obligatorischen Vertrages; die Besitzherrschaft des Vorerben gründet sich nicht auf ein zweiseitiges Rechtsgeschäft unter Lebenden, sondern auf eine Verfügung von Todes wegen. Nach dem Wortlaute des § 868 kann offenbar nur ein zweiseitiges Rechtsgeschäft unter Lebenden in Frage kommen.[1])

§ 13.

4. Umwandlung der zugrunde liegenden causa.

An die Stelle der ursprünglichen causa kann nachträglich eine andere gesetzt werden, z. B. der Pächter einer großen Domäne, der ein großes Kapital hineingesteckt hat, verabredet mit dem Eigentümer, daß der Pachtvertrag in einen Nießbrauch umgewandelt werde, um auf diese Weise die Eintragung im Grundbuche zu ermöglichen.

Besitz des Verlierers sind Bendix, R. **1900**, 46 und OLG. Hamburg **8**, **114** ff.; JDR. III zu § 677 Ziff. 4 und zu § 868 Ziff. 2; vgl. auch Przibilla, Erwerb d. m. Besitzes d. Stellvertreter 365—372; Spornberger, Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache 59.

[1]) Kniep, Besitz 161 hält den Vorerben für den Besitzmittler des Nacherben; a. M. Fischer-Henle Komm. zu § 868 Anm. 2.

§ 14.

5. Subjektive Gültigkeit der causa.

Das obligatorische Rechtsverhältnis muß zwar vorhanden, braucht aber nicht gültig zu sein. Es genügt also auch ein sogen. putatives Rechtsverhältnis, nur muß es, die Gültigkeit vorausgesetzt, geeignet sein zur Besitzberechtigung auf Zeit.[1]) Auch die Prot. Bd. 3 S. 198 heben hervor, daß ein „mindestens vermeintliches Rechtsverhältnis" genüge, um ein derartiges Besitzverhältnis zu schaffen. Das entspricht auch deutschrechtlichen Gedanken, wonach der bloße äußere Schein der Sachherrschaft geeignet ist, ihr rechtlich Anerkennung zu verschaffen.

---

[1]) So OLG. Karlsruhe, Bad Rpr. 68, 320; JDR. 2, 552 Note 1 zu § 930; Gierke, Fahrnisbesitz 7 Note 15; Isay 277; F. Leonhard, Fahrnisbesitz 71; a. M. Aravantinos, Jahrb. f. Dogm. 48, 116 ff., der die Objektivität des den Besitzmittler und den mittelbaren Besitzer verbindenden Verhältnisses vertritt, es genüge nicht die subjektive Anerkennung des Besitzmittlers; Gierke, Deutsches PrivR. 2, 220 Note 40.

Drittes Kapitel.

Drittes Merkmal: Erfordernis „auf Zeit".

Als letztes Merkmal des mittelbaren Besitzes kommt das Erfordernis „auf Zeit" in Betracht. Der unmittelbare Besitz des Pfandgläubigers, Pächters, Nießbrauchers, Mieters, Verwahrers ist ein zeitlich begrenzter. Nach Ablauf einer bestimmten Frist haben diese mittelbaren Besitzer gegen die unmittelbaren Besitzer den Anspruch auf Rückgabe der nur „auf Zeit" weggegebenen Sachen. Beim mittelbaren Besitz hat also der unmittelbare Besitz die Neigung, nach Ablauf einer gewissen Zeit zum mittelbaren Besitzer zurückzukehren;[1]) es liegt gewissermaßen die consuetudo revertendi vor. Ähnlich drücken sich die Prot. Bd. 3 S. 224, 225. aus.

§ 15.

1. Wohnungsrecht, Erbbaurecht, Erbpacht.

Eine Beschränkung „auf Zeit" liegt auch beim Wohnungsrecht gemäß § 1093 Abs. 1 vor. Es bildet, wie Kniep richtig bemerkt, ein Mittelding zwischen Miete und Nießbrauch.

Bei dem Erbbaurecht sowie der Erbpacht ist zu scheiden, ob die Berechtigung auf Zeit oder auf unbestimmte Dauer geht. Im ersteren Falle ist der Eigentümer mittelbarer Besitzer, nicht dagegen im letzteren Falle. Denn dann hat der Besitz des Erbbau- oder Erbpachtberechtigten die Gewähr der Dauer in sich, ohne daß dem jeweiligen Erbbau- oder Erbpachtberechtigten ein Anspruch auf Herausgabe nach Ablauf einer Frist zusteht.[2])

---

[1]) Thiesing, Arch. f. bürgerl. R. 20, 249.

[2]) So Wendt, mittelbare Besitz 61; Bartels, Ausführungen 647, 669; a. M. Kniep 135; Gierke, Fahrnisbesitz 7 Anm. 15. Gierke polemisiert gegen Wendt mit dem Argument, daß dem ewigen Eigentum immer nur

§ 16.

2. Aufschiebende und auflösende Bedingung.

Es fragt sich, ob mit den Worten „auf Zeit“ nur die reine Zeitbestimmung gemeint ist oder ob darunter auch die aufschiebende und auflösende Bedingung fällt. Beim Nießbraucher, Verwahrer, Pächter und Mieter liegt jedenfalls eine reine Zeitbestimmung vor. Hier kehrt die Sache über kurz oder lang wieder in die frühere Hand zurück.[1]) Beim Pfande ist aber die Rückkehr der Sache zum Pfandschuldner ungewiß, sie hängt davon ab, ob der Schuldner seine Schuld bezahlt, ein Umstand, den weder Gläubiger noch Schuldner voraussehen können.[2]) Während des Schwebens der Schuld ist das Eigentum des Pfandschuldners auflösend bedingt. Aber der zugrunde liegenden Schuld haftet keine Bedingung, sondern eine Befristung an, insofern nämlich, als jede Schuld einmal fällig wird oder vom Schuldner fällig gemacht werden kann. Bei Eintritt der Fälligkeit der Schuld ist also der Schuldner in der Lage, seine Schuld zu bezahlen und auf diese Weise die Rückgabe der Pfandsache zu erzwingen. Die Zahlung ist ein Umstand, dessen Eintritt mehr oder weniger von seinem Willen abhängt (potestative Bedingung). Es liegt mithin hier eine Verbindung von Befristung und Bedingung vor. Denn der Tag, an dem das Ereignis, nämlich Zahlung, eintreten kann, ist im Schuldverhältnis bestimmt, nur ob das Ereignis eintreten wird, ist ungewiß, dies incertus an, certus, quando.[3])

Eine Verbindung von Bedingung und Befristung liegt in der Regel auch beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt vor. Im Zweifel wirkt der Eigentumsvorbehalt nach § 455 bei beweglichen Sachen aufschiebend bedingt. Möglich ist aber auch auflösend bedingte Wirkung. Während des Schwebens der Bedingung ist der Verkäufer mittelbarer Besitzer, weil der Tag, an dem das Ereignis, nämlich Zahlung der Kaufgeldschuld, eintreten kann, gewiß ist, ob aber Zahlung erfolgen wird, ungewiß

---

ein zeitweiliges Besitzverhältnis gegenüberstehe. Das ist nicht schlüssig. Denn der Besitz ist nach BGB. wegen seiner Vererblichkeit ebenso ewig wie das Eigentum. Andrerseits ist die Eigentumsherrschaft unter Lebenden denselben Wandlungen unterworfen wie die Besitzherrschaft. Beide sind also unter Umständen gleich ewig und gleich veränderlich.

[1]) So Thiesing, Eigentumsvorbehalt, im Arch. f. bürgerl. R. 20, 240ff.

[2]) Pudor, Eigentumsvorbehalt, in JurW. 1905, 314.

[3]) vgl. die klaren Ausführungen von Regelsberger, Pand. § 157 S. 576.

ist; dies incertus an, certus, quando. Auch hier ist Bedingung mit Zeitbestimmung gemischt.[1])

Wo aber keine Mischung von Bedingung und Zeitbestimmung vorliegt, da ist die Annahme mittelbaren Besitzes auf seiten des Veräußerers ausgeschlossen.[2]) Z. B. es verkauft ein Reserveoffizier der Kavallerie sein Reitpferd unter der Bedingung, daß er es im Falle eines Krieges wieder zurückkaufen könne.

Dagegen liegt der Verkaufskommission eine Mischung von Bedingung und Zeitbestimmung zugrunde. Ob der Verkauf dem Kommissionär gelingt, ist ungewiß, wann er aber erfolgen kann, ist gewiß; dies incertus an, certus, quando. Zerschlägt sich der Verkauf innerhalb der aus dem Kommissionsvertrage zu entnehmenden oder event. aus den Umständen zu bestimmenden Frist, so kehrt die Sache wieder zum Kommittenten zurück. Der Kommittent ist also hier mittelbarer Besitzer.

---

[1]) A. M. Thiesing a. a. O. 249, weil in diesem Falle die Absicht der Kontrahenten in erster Linie dahingehe, die Sache definitiv der Machtsphäre des Veräußerers zu entziehen. Richtig bekämpft ihn Pudor a. a. O. 314 damit, daß das ja gerade hier in Frage stehe, ob die Sache der Rechtssphäre des Veräußerers definitiv entzogen werde; es hänge dies von der ungewissen Zahlung des Kaufpreises ab; vgl. auch Geißler a. a. O. 520ff. und Kniep a. a. O. 160. Auch das Reichsgericht führt in RG. 54, 397 aus, daß hier der Verkäufer mittelbarer Besitzer sei.

[2]) Das übersieht Dernburg III Sachenr. § 102.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 17. Oktober 1871 wurde ich, Konrad Rummler in Liegnitz als Sohn des damaligen Oberlehrers Dr. Ludwig Rummler und seiner Ehefrau Elise geb. Schenk geboren. Ich bin evangelischer Religion und preußischer Staatsangehöriger. Meine Ausbildung erhielt ich zunächst auf der Vorschule in Rawitsch, sodann auf dem Realgymnasium daselbst, ferner auf den Gymnasien in Meseritz, Schneidemühl und Rogasen. Ostern 1891 erhielt ich das Zeugnis der Reife und studierte dann von Michaeli 1891 ab zunächst 2 Semester in Marburg, 2 Semester in Berlin und 3 Semester in Breslau. Nach dem Bestehen der ersten juristischen Prüfung wurde ich gegen Ende des Jahres 1895 zum Referendar ernannt und arbeitete sodann am Amtsgericht in Liebau, Landgericht in Oels, Landgericht, Amtsgericht und Oberlandesgericht in Breslau. Nach dem Bestehen der großen Staatsprüfung wurde ich zum Assessor ernannt. Ich schied dann im Laufe des Jahres 1901 aus dem Justizdienst aus und war einige Monate in Militsch i. Schl. als Rechtsanwalt tätig. Nach meiner Ernennung zum Notar in Schmiegel i. P. gegen Ende des Jahres 1901 bin ich seitdem daselbst als Rechtsanwalt und Notar ansässig.

Am 11. März 1907 bestand ich das Rigorosum.

Während meiner Studienzeit hörte ich die Vorlesungen folgender Herren Dozenten:

In Marburg: Rudolf Leonhard, Leist, Enneccerus, H. O. Lehmann, Paasche;

in Berlin: Eck, Dernburg, Gierke, Zeumer, Biermann, Oertmann, Gneist, Brunner, Wagner, Preuß;

in Breslau: Otto Fischer, Schott sen., Dahn, Brie, Schultze, Bennecke, Beling,

welchen ich hiermit meinen Dank ausspreche.

Erschienen ist von mir eine öffentlichrechtliche Abhandlung, betitelt: Persönliche Ansiedlungsbeschränkungen, eine Studie nach dem Rechte Preußens und des Deutschen Reichs, Berlin 1906.